

DAS VERBOT VON "SALES BELOW COST"
NACH KALIFORNISCHEM RECHT

Norbert Henke

1969



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DAS VERBOT VON "SALES BELOW COST"

NACH KALIFORNISCHEM RECHT

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von

Norbert Henke

aus Münster/Westf.

1969

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Fikentscher
jetzt Tübingen
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Mestmäcker
Dekan: Prof. Dr. Seidenfus

Tag der mündlichen Prüfung: 10. Februar 1969



INHALTSÜBERSICHT

	Seite
Einleitung	1
1. Kapitel: Die Rechtslage bei Unterkostenverkäufen in Deutschland	2
I. Begriff der Selbstkosten	2
II. Beurteilung von Unterkostenverkäufen nach dem UWG	5
1. Rechtsprechung des Reichsgerichts	5
2. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	8
3. Neuere Schrifttum	9
a) Becher	10
b) Spengler	10
c) Herrschende Meinung	11
4. Beispiele nicht erlaubter Kostenunterschreitung	12
5. Beispiele erlaubter Kostenunterschreitung	14
III. Beurteilung von Unterkostenverkäufen nach den Nebengesetzen zum UWG	17
1. Verordnung über den Wettbewerb	17
2. Zugabeverordnung	18
3. Rabattgesetz	19
IV. Verbot von Unterkostenverkäufen nach dem Recht der Wettbewerbsregeln	20
1. Verbot von Unterkostenverkäufen	20
2. Verpflichtung zur Selbstkostenermittlung	22
3. Ergebnis	24
V. Vorschläge für einen verbesserten Schutz gegen Unterkostenverkäufe	24
1. Erste Gruppe	24
2. Zweite Gruppe	25
3. Dritte Gruppe	26
VI. Zusammenfassung	28
2. Kapitel: Die Rechtslage bei Unterkostenverkäufen in Kalifornien	29
I. Historischer Hintergrund der sales below cost-Gesetzgebung in den USA	29
II. Anwendungsbereich des CUPA	32
1. Persönlicher Anwendungsbereich	32
2. Sachlicher Anwendungsbereich	34
III. Inhalt des Verbots von Unterkostenverkäufen	36
1. "Sale at less than cost"	36
a) Problematik der Kostenberechnung	37

	Seite
aa) Entscheidung für einen Kostenbegriff	37
bb) Ermittlung der Gesamtkosten	38
cc) Zurechnung der Gesamtkosten auf die einzelnen Produkte	39
b) Kostenvermutungen	42
c) Einzelbeispiele	45
aa) Rabatte	45
bb) Gutscheine	48
cc) Kopplungsgeschäfte	48
2. "Give away"	50
3. "Purpose of injuring competitors or destroying competition"	53
a) Begriffsbestimmung	54
b) Vermutung	55
c) Kritik	56
4. "Loss leader"	57
IV. Verfassungsmäßigkeit des CUPA	59
V. Inhalt des Verbots von Diskriminierung und Geheimrabatten	61
1. "Locality discriminations"	61
2. "Secret rebates"	63
VI. Ausnahmen und Durchsetzung des CUPA	64
1. Ausnahmen	64
2. Durchsetzung	66
VII. Sonderregelungen für den Bereich der Milchwirtschaft	68
1. "Sales below cost"	68
a) Kostenbestimmungen	69
b) Verdeckte Kostenunterschreitungen	69
c) Verfassungsmäßigkeit	71
2. "Price discrimination" und "secret rebates"	71
3. Ausnahmen und Durchsetzung	71
VIII. Zusammenfassung	72
3. Kapitel: Rechtspolitische Erwägungen zur Schaffung einer deutschen Regelung gegen Unterkostenverkäufe	74
I. Rechtmäßigkeit einer Regelung gegen Unterkostenverkäufe	74
II. Zweckmäßigkeit einer Regelung gegen Unterkostenverkäufe	75
1. Betriebswirtschaftliche Problemkreise	75
a) Einproduktbetrieb	75
b) Mehrproduktunternehmen	77
2. Wirtschaftspolitische Bedenken	78
a) Institutioneller Art	78

b) Individueller Art	78
c) Einfluß auf Gesamtwirtschaft	78
d) Amerikanisches Schrifttum	79
3. Juristische Erwägungen	80
a) Bruch mit vorhandenem Gedankengut	80
b) Vorteil von Generalklauseln	80
c) Zweifel an Zweckerreichung	81
d) Vermeidung faktischer Schwierigkeiten	82

III. Zusammenfassung und Antwort auf die Forderungen nach besserem Schutz gegen Unterkostenverkäufe	82
---	----

Schlußbemerkung	84
-----------------	----

Anlage 1 Sales Below Cost - State Laws	85
Anlage 2 California Unfair Practices Act	88
Anlage 3 Special Industry Laws	97
Anlage 4 Marketing of Milk and Other Dairy Products	103

VII

LITERATURVERZEICHNIS

Ausschuß für Wettbewerbsfragen

- Gutachten Nr. 17/1950, Verkauf unter Einstandspreis; Unter welchen Voraussetzungen ist ein Verkauf unter den Einstandspreisen unlauter?
- Barron California Antitrust-Legislative Schizophrenia, 35 So. Cal. L. Rev. 393 (1961-62).
- Bartholatus Buchbesprechung von Fikentscher: "Preisunterbietungen bei Milch und Butter", GRUR 1964, 635.
- Baum Statutory Controls of Damages In Commercial Transactions, 12 Hastings L.J. 191 (1960-61).
- Baumbach Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Berlin 1929.
- Die Grenzen erlaubten Wettbewerbs, namentlich die Preisunterbietung, MuW 1930, 2 ff.
- Baumbach-Hefermehl Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Band I, Wettbewerbsrecht, 9. Aufl. München-Berlin 1964.
- Becher Preisschleudern unter Selbstkosten als Wettbewerbsverstoß, BB 1953, 297 ff.
- Benisch Zur Problematik eines Schutzes des Leistungswettbewerbs, WuW 1955, 421 ff.
- Zur Rechtspraxis des Bundeskartellamtes auf dem Gebiet der Wettbewerbsregeln, DB 1963, 953 ff.
- Benkendorff Leistungswettbewerb und Wettbewerbsregeln, Korreferat, Der Wettbewerb, Sondernummer vom 1. 9. 1956, 14 ff.
- Berger Zur Liquiditätspolitik industrieller Unternehmungen, ZfB 1968, 221 ff.
- Bley Vergleichsordnung, 2. Aufl. Berlin 1955.
- Blumenfeld Retail Trade Regulation and Their Constitutionality, 22 Cal. L. Rev. 86 (1933-34).

VIII

- | | |
|---------------------------------------|--|
| Böhle-Stamschräder | Konkursordnung,
8. Aufl. München-Berlin 1966.

Vergleichsordnung,
6. Aufl. München-Berlin 1965. |
| Böhm | Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung, Stuttgart 1937 (zitiert: Ordnung der Wirtschaft).

Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933. |
| Böttcher | Die Problematik von Herstellergutscheinen, insbesondere in rabattrechtlicher Hinsicht, BB 1968, 649 ff. |
| Borck | Zum Änderungsvorschlag der CDU/CSU,
WRP 1968, 305. |
| Bright | Constitutionality of Statutes Prohibiting Sales Below Cost,
14 Notre Dame Law. 286 (1938-39). |
| Bundesminister für Justiz | Zur Frage "Lockvogel"-Angebote und Unterselbstkostenverkäufe, DB 1968, 520 r. Sp. |
| Bundesregierung | Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes für 1967,
BT-Drucksache V/2841. |
| Bundesverband der Deutschen Industrie | Schutz des Leistungswettbewerbs,
Drucks. Nr. 77, Köln 1966. |
| Burmann | Die werbe- und wettbewerbsrechtliche Problematik bei Preisunterbietungen,
DB 1965, 1655 ff. |
| Bussmann-Droste | Werbung und Wettbewerb im Spiegel des Rechts,
Essen 1951. |
| Callmann | The Law of Unfair Competition, Trademarks and Monopolies, 3rd ed., Volume 1, Mundelein 1967. |
| Carver | Prices, Premiums, and Lotteries in Legal Aspects of Competitive Business Practices, California Continuing Education of the Bar, Handbook No. 6, § 8. 1 et sequ. (1961). |

- CCH Trade Reg. Rep. s. Trade Regulation Reporter.
- Clark Statutory Restrictions On Selling Below Cost,
11 Vand. L. Rev. 105 (1957-58).
- Coad Montana's Price Fixing Statutes Valid?
11 Mont. L. Rev. 21 (1950).
- Creifelds Rechtswörterbuch, München 1968.
- Cupp The Unfair Practices Act,
10 So. Cal. L. Rev. 18 (1936-37).
- Deppe "Selbstkosten" - eine betriebswirtschaftlich ge-
rechtfertigte Preisuntergrenze?
Anhang zu Fikentscher, Preisunterbietung.
2. Aufl. Heidelberg 1962, S. 85 ff.
- Detmer Wettbewerbsregeln gegen Unter-Preis-Verkäufe?
WRP 1966, 117 ff.
- Döll Die Berücksichtigung der Nachahmungsgefahr bei
Wettbewerbsverstößen, BB 1965, 173 ff.
- Dörinkel Wettbewerbsregeln in der Praxis,
WuW 1960, 593 ff.
- Droste Die unzulässige Preisunterbietung,
DB 1956, Heft 11, Beilage Nr. 5.
- Drucks. Nr. 77 s. Bundesverband der Deutschen Industrie
- Elster Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb,
9. Aufl. Berlin-Leipzig 1932.
- Erdmann Constitutionality of Statute Prohibiting Sales at
Less than Cost, 47 Yale L. J. 1201 (1937-38).
- Erhard Zehn Thesen zur Verteidigung der Verbotsgesetz-
gebung, Brief des Bundeswirtschaftsministers vom
10. Juli 1952 an den Präsidenten des Bundesverban-
des der Deutschen Industrie, WuW 1952, 733 ff.
- "Freies Unternehmertum und Kartellgesetzgebung",
Ansprache auf der Vortragstagung der Hochschule
für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften in Nürn-
berg am 16. November 1953, WuW 1953, 768 ff.

Unfair Competition: Problems of Proof of Costs under the Unfair Practices Acts,
30 Cal. L. Rev. 221 (1941-42).

Die Preisunterbietung nach neuem Wettbewerbsrecht,
BB 1958, 201.

Die Preisunterbietung im Wettbewerbsrecht,
2. Aufl. Heidelberg 1962 (zitiert: Preisunterbietung).

Preisunterbietungen bei Milch und Butter, Rechtsgutachten erstattet im Auftrage des Verbandes der Deutschen Milchwirtschaft E. V. Hildesheim 1962.

Preisunterbietungen bei Milch und Butter,
MA 1962, 897.

Das Verhältnis von Kartellrecht und Recht des unlauteren Wettbewerbs,
GRUR Ausl. 1966, 181 ff.

Ein Modell und ein Experiment, Marktordnungspolitische Gedanken zur Konsumseifen-Ordnung,
WuW 1953, 657 ff.

Auslegungsfragen im Recht der Wettbewerbsregeln,
WuW 1957, 741 ff.

Die Aufstellung und Anmeldung von Wettbewerbsregeln, BB 1963, 527 ff.

Kollektivmonopole, Heidelberg 1956.

Wirtschaftslexikon, herausgegeben von R. und H. Selten, 2. Band,
6. Aufl. Wiesbaden 1965.

Wettbewerbsrecht, Köln-Berlin-München 1964.

Müller-Henneberg/Schwartz, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäischen Kartellrecht,
2. Aufl. Köln-Berlin-Bonn-München 1963.

Unlauterer Wettbewerb, Zürich 1945.

- v. Godin-Hoth Wettbewerbsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb unter Berücksichtigung der zeichenrechtlichen Verletzungshandlungen, Berlin 1957.
- Goerke Preisunterbietungen sittenwidrig?
WRP 1955, 61.
- Grabitz Das Dumping innerhalb der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Diss. Münster 1965.
- Greifelt Preisunterbietung, ein dringliches Problem des Wettbewerbsrechts,
Der Wettbewerb 1949, 1 ff.

Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsregeln,
Der Wettbewerb 1955, 96 ff.

Zur Reform des Wettbewerbsrechts,
WRP 1955, 1 ff.

Preisschleudereibekämpfung ohne Preisbindung?
MA 1956, 712 ff.

Die Preisunterbietung als Mittel des unlauteren Wettbewerbs, Int. Wettbewerb 1963, 5 ff.
- Günther Weitere Untersuchungen im "Seifenfall" erforderlich, WuW 1953, 697.

Entscheidung der Alliierten Kommission über den Befreiungsantrag des Verbandes Deutscher Seifenfabrikanten e. V., WuW 1954, 544.
- Gutachten Nr. 17/1950 s. Ausschuß für Wettbewerbsfragen
- Gutenberg Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, in: Die Wirtschaftswissenschaften, Wiesbaden 1958 (zitiert: Einführung).

Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, 1. Band, Die Produktion, 14. Aufl. Berlin-Heidelberg-New York 1968 (zitiert: Grundlagen I);
2. Band, Der Absatz, 10. Aufl. Berlin-Heidelberg-New York 1967 (zitiert: Grundlagen II).

- Hamann Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949; Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 2. Aufl. Neuwied-Berlin 1961.
- Hamilton Cost as a Standard for Price, 4 Law & Contemp. Probl. 321 (1937).
- Harz Die Wettbewerbsordnung der Konsumseifenindustrie, WuW 1955, 775 ff.
- Heinen Betriebswirtschaftliche Kostenlehre, 1. Band: Begriff und Theorie der Kosten, 2. Aufl. Wiesbaden 1965.
- Heintzeler Die Grenzen zulässiger Preisunterbietung, Berlin 1931.
- Hertwig Wettbewerbslexikon, Wiesbaden 1963.
- Hiersemann Preisunterbietungen bei Markenartikeln, WRP 1963, 33 ff.
- Hubmann Gewerblicher Rechtsschutz, München-Berlin 1962.
- Hunold Verkaufswettbewerbe im Handel nach ZugabeVO und UWG, Diss. Frankfurt a. M. 1966.
- Ilau Wege zur Sicherung eines echten Leistungswettbewerbs, Informationsdienst (der Hauptgemeinschaft des deutschen Einzelhandels) 1954, 199 ff.
- Isay Der Vernichtungszweck im Wettbewerbsrecht, GRUR 1929, 1368 ff.
- Jäger Wettbewerbsregeln - ein Mittel zur Marktordnung, WRP 1959, 339 ff.
- Koch, Helmut Die Ermittlung der Durchschnittskosten als Grundprinzip der Kostenrechnung, ZfhF 1953, 303 ff.
- Koenigs Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs, NJW 1961, 1041 ff.
- Kohler Der unlautere Wettbewerb, Berlin-Leipzig 1914.

XIII

- | | |
|-----------------|---|
| Kosiol | Kritische Analyse der Wesensmerkmale des Kostenbegriffs, in: Betriebsökonomisierung durch Kostenanalyse, Absatzrationalisierung und Nachwuchserziehung, Festschrift für Rudolf Seyffert, S. 9 ff., Köln-Opladen 1958. |
| Krabbe | Werbung mit dem Preis, Diss. Münster 1965. |
| Kröger | Die Grenzen der Preisunterbietung in den USA, Köln-Berlin-Bonn-München 1962. |
| Kunze | Der Behinderungswettbewerb, Diss. Heidelberg 1963. |
| Langen | Studien zum internationalen Wirtschaftsrecht, München-Berlin 1963. |
| Leibholz/Rinck | Grundgesetz, Köln 1966. |
| Löffelholz | Repetitorium der Betriebswirtschaftslehre, Wiesbaden 1966. |
| Löffler | Presserecht, München-Berlin 1955. |
| Löffler/Thümmel | Sind "gespaltene" Preise zulässig?
BB 1957, 1094 ff. |
| Lovell | Sales Below Cost Prohibitions: Private Price Fixing Under State Law, 57 Yale L. J. 391 (1947-48). |
| Lutz | Sonderdruck aus "Industriekurier" Nr. 22 vom 10. 2. 1968. |
| Markenverband | Verbot der Lockvogelwerbung im UWG?
MA 1968, 337 ff. |
| Martino | Lockvogelwerbung im Einzelhandel,
MA 1965, 285 ff. |
| Maunz-Dürig | Grundgesetz, Loseblattkommentar,
München-Berlin. |
| Mellerowicz | Kosten und Kostenrechnung, II Verfahren, 2. Teil, Kalkulation und Auswertung der Kostenrechnung und Betriebsabrechnung, 4. Aufl. Berlin 1968. |
| Merkel | Die Bekämpfung unzulässiger Preisunterbietungen,
Köln-Berlin-Bonn-München 1962. |

- Mestmäcker Diskriminierungen, Dirigismus und Wettbewerb, WuW 1957, 21 ff., 92 ff.
- Verbandsstatistiken als Mittel zur Beschränkung und Förderung des Wettbewerbs in den Vereinigten Staaten und Deutschland, Diss. Frankfurt a. M. 1952.
- Miksch Wettbewerb als Aufgabe, 2. Aufl. Godesberg 1947.
- Möhring Wettbewerbsordnung und Kartellrecht, WuW 1954, 387 ff., 493 ff.
- Müller/Gries Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Frankfurt 1958.
- Müller/Scholz Zur Novelle des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, WRP 1968, 241 ff.
- Naumann Die ehemalige Rechtsverordnungs-Kompetenz des Reichskommissars für die Preisbildung, AöR Bd. 80, 174 ff. (1955/56).
- Nipperdey Wettbewerb und Existenzvernichtung, Berlin 1930.
- Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: Bettermann/Nipperdey, Die Grundrechte, Band IV, 2. Halbband, Berlin 1962, S. 741 ff.
- Oehler Wettbewerbsregeln als Instrument der Wettbewerbspolitik, Marburg 1968.
- Oler Statutory Inhibition Against Sales Below Cost, 43 Dick. L. Rev. 112 (Oct., 1938-June, 1939).
- Validity, construction, and application of statutory provision prohibiting sale of commodities below cost, 118 A. L. R. 506 (1939), 128 A. L. R. 1126 (1940).
- Oppenheim Unfair Trade Practices, Cases and Comments, 2nd Edition, St. Paul Minn. 1965.
- Pinder Zur Weitergeltung der VO über den Wettbewerb vom 21. Dezember 1934, WuW 1956, 732 ff.
- Pinner World Unfair Competition Law, an Encyclopedia, Volume I, Leiden-Brüssel 1965.

- Pribilla Das Recht der Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen, Loseblattausgabe 1954.
- Raffée Kurzfristige Preisuntergrenzen als betriebswirtschaftliches Problem, in: Beiträge zur betriebswirtschaftlichen Forschung, herausgegeben von Gutenberg u. a., Band 11, Köln-Opladen 1961.
- Rasch Preisstellung unter Selbstkosten, WuW 1953, 387 ff.
Vereinbarungen zur Sicherung lauterer Wettbewerbs, BB 1954, 509.
- Rasch/Westrick Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht, 3. Aufl. Herne-Berlin 1966.
- Reifferscheid/Böckel/Benseler Lexikon des Rechts (Band III: Wirtschaftsrecht, Zivilprozeßrecht, Konkursrecht), Darmstadt 1968.
- Reimann Sondernachlässe und "Preisdiskriminierung", WRP 1955, 179 ff.
- Reimer Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 3. Aufl. Köln-Berlin 1954.
- Reppy Business Regulation - Fair Trade Acts - Constitutional Law, 9 So. Cal. L. Rev. 370 (1935-36).
- Reuter Wettbewerbsregeln - ein Erfolg der Mittelstandspolitik? Die Aussprache 1959, 13 ff.
- Rheinfels Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, III. Wettbewerbsregeln, DB 1957, 813 ff.
- Reinhardt Unterbieten als Problem des Wettbewerbs- und Kartellrechts, MuW 1930, 468 ff.
Der Streit um das Unterbieten, MuW 1931, 247 ff.
- Riebel Das Rechnen mit Einzelkosten und Deckungsbeiträgen, ZfhF 1959, 213 ff.
- Rinck Wirtschaftsrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 1963.
- Scheel Wettbewerbsregeln über Preiswettbewerb, Diss. Kiel 1966.

- Schlaeger Zur Gültigkeit der Wettbewerbsverordnung vom 21. 12. 1934, WRP 1955, 63 f.
- Schneider, Erich Einführung in die Wirtschaftstheorie, II. Teil, Wirtschaftspläne und wirtschaftliches Gleichgewicht in der Verkehrswirtschaft, 11. Aufl. Tübingen 1967.
Industrielles Rechnungswesen, 4. Aufl. Tübingen 1963.
- Schramm Die Preisschleuderei als Wettbewerbsproblem, GRUR 1940, 133 ff.
- Schulz Das Problem der Preisuntergrenze und ihre Arten, in: Annalen der Betriebswirtschaft 1927, 347 ff.
- Spengler Wettbewerb, Recht und Schranken, Ein Leitfaden für die Praxis, Rechts- und Wirtschaftspraxis (Forkel-Blattei), Gruppe 4 D, Handelsrecht, Wettbewerb I, (auch als Broschüre selbständig erschienen) (zitiert: Wettbewerb).
Preisschleuderei, Preisdiskriminierung und Wettbewerbsregeln, WuW Schriftenreihe, Heft 2, Düsseldorf 1955 (zitiert: Preisschleuderei).
Grundsatzfragen des Preiswettbewerbs in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, DB 1965, 21 ff.
- v. Stackelberg Grundlagen der theoretischen Volkswirtschaftslehre, 2. Aufl. Tübingen-Zürich 1951.
- Steffen Die Lockvogelseuche, MA 1968, 179 ff.
- Stier-Somlo/Elster Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Berlin-Leipzig 1928.
- Taylor Unfair Competition: Price Cutting: Comparative Problems of Determining Regulatory Statutes of Kansas and California, 6 U. C. L. A. Law Rev. 498 (1959).
- Tetzner Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 2. Aufl. Köln 1957.
Kartellrecht, ein Leitfaden, 2. Aufl. München-Berlin 1967.

- Thatcher The Constitutionality of the Unfair Practices Acts, 30 Minn. L. Rev. 559 (1945-46).
- Töndury Über den Begriff der Selbstkosten, Festschrift Schweizerischen Juristentag 1935, Bern 1935, S. 473 ff.
- Trade Regulation Reporter herausgegeben von Commerce Clearing House, Inc., New York, Chicago, Washington 1961.
- Troller Immaterialgüterrecht, Band II, Basel-Stuttgart 1962.
- Ulmer Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Band IV, Frankreich, bearbeitet von Krasser und Schatz, Köln 1967 (zitiert: Ulmer-Krasser, Unlauterer Wettbewerb, Band IV, Frankreich).
- Vereinigung GRUR Stellungnahme der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht zur Reform des UWG, GRUR 1968, 355 ff.
- Weber Rabattrechtliche Sonderfälle, NJW 1960, 172 ff.
- Wegner Lockvogel-Werbung - ein internationales Problem, WRP 1965, 243 ff.
- White Unfair Competition: Constitutionality of California Unfair Practices Act, 27 Cal. L. Rev. 449 (1938-39).
- Wöhe Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 8. Aufl. Berlin-Frankfurt a. M. 1968.
- Wolff Die Bekämpfung des Unterkostenverkaufs in den Vereinigten Staaten, MuW 1935, 125 ff.
- Wolter Über die Gestaltung von Wettbewerbsregeln, WRP 1959, 315 ff.
- Zeitler Diskriminierung, Diskriminierungsverbot und Nichtdiskriminierungsverträge unter wirtschaftlicher Sicht, WuW 1960, 81 ff.
- Zipfel Preisrecht, Loseblattsammlung, München-Berlin.

XVIII

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A. C.	Agricultural Code
Adm. C.	California Administrative Code
AG	Amtsgericht
Ala.	Alabama Reports
A. L. R.	American Law Reports Annotated
A. L. R. 2d	American Law Reports Annotated, Second Series
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts, Tübingen (zitiert nach Band und Seite)
Art.	Article; Artikel
A. 2d	Atlantic Reporter, Second Series
Ass' n	Association
Banz.	Bundesanzeiger
BB	Betriebs-Berater, Heidelberg (zitiert nach Jahr und Seite)
Bd.	Band
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie
BGB1.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (zitiert nach Band und Seite)
BKartA	Bundeskartellamt
BT	Bundestag
B. & P. C.	Business and Professions Code
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (zitiert nach Band und Seite)

XIX

Cal.	California
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cal. Rptr.	California Reporter
C. A. 2d	California Appellate Reports, Second Series
CCH Trade Reg. Rep.	Commerce Clearing House, Trade Regulation Reports
ch.	chapter
Co.	Company
Const.	Constitution
C. P.	Court of common pleas
C. 2d	California Reports, Second Series
CUPA	California Unfair Practices Act
DB	Der Betrieb, Düsseldorf (zitiert nach Jahr und Seite)
ders.	derselbe
Dez.	Dezember
Dick. L. Rev.	Dickinson Law Review
Dist. Ct.	District Court
Drucks.	Drucksache
ed.	edition
FTCA	Federal Trade Commission Act
GRUR	Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht; Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Weinheim (zitiert nach Jahr und Seite)
GRUR Ausl.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Aus- lands- und Internationaler Teil, Weinheim (zitiert nach Jahr und Seite)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hastings L. J.	Hastings Law Journal

Id.	Idem
Ida.	Idaho
Inc.	Incorporated
Int. Wettbewerb	Internationaler Wettbewerb, Frankfurt a. M. (zitiert nach Jahr und Seite)
JW	Juristische Wochenschrift, Leipzig-Berlin (zitiert nach Jahr und Seite) .
KG	Kammergericht
KO	Konkursordnung
KR	Kartellrundschau, Berlin (zitiert nach Jahr und Seite)
La.	Louisiana; Louisiana Reports
Law.	Lawyer
Law & Contemp. Probl.	Law and Contemporary Problems
lbs.	pounds
L, Ed.	United States Supreme Court Reports, Lawyers' Edition
LG	Landgericht
LKartB	Landeskartellbehörde
l.Sp.	linke Spalte
MA	Der Markenartikel, München (zitiert nach Jahr und Seite)
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht, Hamburg (zitiert nach Jahr und Seite)
Minn.	Minnesota; Minnesota Reports
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review
Mont.	Montana; Montana Reports
Mont. L. Rev.	Montana Law Review
MuW	Markenschutz und Wettbewerb, Berlin (zitiert nach Jahr und Seite)

N. D.	North Dakota
Neb.	Nebraska
NIRA	National Industrial Recovery Act
N. J. L.	New Jersey Law Reports
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, München (zitiert nach Jahr und Seite)
NS	Opinions of the Attorney General of California (Opinion Number)
N. W. 2d	North Western Reporter, Second Series
OLG	Oberlandesgericht
Ops. Att' y Gen.	Opinions of the Attorney General
Ore.	Oregon
p.	page
Pa.	Pennsylvania State Reports
Pa. D. & C.	Pennsylvania District and County Reports
P. 2d	Pacific Reporter, Second Series
Rdn.	Randnote
RG	Reichsgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (zitiert nach Band und Seite)
r. Sp.	rechte Spalte
S. Bar. J.	Journal of the State Bar of California
S. Ct.	Supreme Court Reporter
So. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
So. 2d	Southern Reporter, Second Series
Sp.	Spalte
Stats.	Statutes
Super. Ct.	Superior Court (State)

Supp.	Supplement
S. W. 2d	South Western Reporter, Second Series
U. C. L. A. Law Rev.	University of California at Los Angeles Law Review
Übers.	Übersicht
U. S.	United States; United States Reports
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	versus; vom; von
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
Vereinigung GRUR	Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
VerglO	Vergleichsordnung
VO	Verordnung
Vol.	Volume
VPöA	Verordnung PR 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen
Wash.	Washington Reports
West' s	West' s Annotated California Codes
Wis	Wisconsin; Wisconsin Reports
WM	Minister für Wirtschaft
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis, Frankfurt a. M. (zitiert nach Jahr und Seite)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb, Düsseldorf (zitiert nach Jahr und Seite)
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft, Wiesbaden (zitiert nach Jahr und Seite)
ZfHf	Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung, Köln-Opladen (zitiert nach Jahr und Seite)

EINLEITUNG

Immer wieder lenken in Kreisen der Wirtschaft und des Handels Fälle des Wettbewerbs durch Verkäufe unter Selbstkosten überörtliche Aufmerksamkeit auf sich. Dabei unterbieten sich nicht wenige Mitbewerber, vor allem Großunternehmen, bei Artikeln, die im Preisbewußtsein der Käufer eine besondere Rolle spielen, und bringen nicht beteiligte Händler, die nicht durch Mischkalkulation ausweichen können, in Bedrängnis. Die besondere Wirkung dieser Preisunterbietungen zeigt sich weniger bei den direkten Mitbewerbern als vielmehr bei mittelbar Betroffenen.

Bei der Suche nach rechtlichen Handhaben gegen diese Preisgestaltungen stellt sich heraus, daß das deutsche Recht keinen umfassenden Schutz gegen Preisunterbietungen mit Kostenunterschreitung gewährt. Das wird vielfach als unbefriedigend empfunden und hat die Forderung nach einem Einschreiten des Gesetzgebers ausgelöst.

Zunächst glaubte man, das Problem der Verkäufe unter Selbstkosten könne mit Hilfe eines Gesetzes zum Schutz des Leistungswettbewerbs gelöst werden, das der Bundesminister für Wirtschaft im Jahre 1950 in Aussicht gestellt hatte und das "alle unsauberen Praktiken aus dem Geschäftsleben eliminieren sollte". Inzwischen stellte sich die Aufgabe, ein solches Gesetz zu schaffen, als zu schwierig heraus, und das Vorhaben wurde fallengelassen. Der Gedanke, einzelne Anliegen des geplanten Gesetzes, darunter eine Regelung gegen Preisgestaltungen unter Selbstkosten zu realisieren, lebt indessen fort. Einige Stimmen erwarten eine Lösung durch Erweiterung des § 3 UWG. Andere fordern Schaffung eines ausdrücklichen Verbots von Verkäufen unter Selbstkosten oder unter dem Einstandspreis. Wieder andere versprechen sich von einer Erweiterung der Vorschriften über die Errichtung von Wettbewerbsregeln einen wirksamen Schutz. Zur Begründung wird vielfach auf die Rechtslage in den USA hingewiesen, wo die Mehrzahl der Einzelstaaten eine Gesetzgebung gegen "sales below cost" besitzt.

Aufgabe dieser Arbeit ist es, einen Überblick über die gegenwärtige Rechtslage in Deutschland bei Preisunterbietungen mit Kostenunterschreitung zu geben, dem deutschen Recht die Erfahrungen eines Einzelstaates der USA mit Gesetzgebung gegen Verkäufe unter Selbstkosten, nämlich Kalifornien, gegenüberzustellen und zu prüfen, ob eine Anregung des deutschen Rechts durch das amerikanische Gedankengut in Betracht kommt. Dabei läßt sich für maßgebliche Fragen eine Begegnung mit der Betriebswirtschaftslehre nicht vermeiden.

I KAPITEL

Die Rechtslage bei Unterkostenverkäufen in Deutschland

I. BEGRIFF DER SELBSTKOSTEN

Die deutsche Rechtsordnung kennt keine allgemeingültig akzeptierte Definition der Selbstkosten,

Die Vorschrift des § 1 Abs 1 Halbs 1 der Verordnung über den Wettbewerb ¹⁾, die vom ehemaligen Reichskommissar für Preisbildung zum Schutz vor Mißbrauch der Preisgestaltungsfreiheit erlassen wurde ²⁾ und noch heute im Bundesgebiet fortgilt ³⁾, knüpft an die Selbstkosten an, sagt jedoch nicht, was darunter zu verstehen ist. Die "Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten (LSP)" geben Richtlinien zur Selbstkostenermittlung für die Fälle, in denen Leistungen für öffentliche Stellen nicht zu Marktpreisen abgerechnet werden können und daher auf der Grundlage von Selbstkosten zu kalkulieren sind ⁴⁾. Eine Definition des Begriffes der Selbstkosten wird jedoch auch hier nicht genannt ⁵⁾.

Die Rechtsprechung nach 1945 sah sich, soweit ersichtlich, bislang nicht veranlaßt, den Begriff der Selbstkosten festzulegen. Das Reichsgericht ⁶⁾ hatte mit

-
- 1) vom 21. 12. 1934 (RGBl. I S. 1280).
 - 2) Miksch, S. 59.
 - 3) Baumbach-Hefermehl, Anh. Preisrecht III 4; Pinder, WuW 1956, 732 ff.; Schlaeger, WRP 1955, 63 f. Allgemeines zur Gültigkeit von Rechtsverordnungen des Reichskommissars für Preisbildung; Naumann, AöR 80, 174 ff. (1955/56).
 - 4) Anlage zur Verordnung PR 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen (VPöA) vom 21. 11. 1953 (veröffentlicht bei Pribilla, Nr. 22 f I; Zipfel, Nr. 2107).
 - 5) Die §§ 18 Nr. 1 VerglO. 240 Abs. 1 Nr. 2 KO stellen nicht auf die Selbstkosten, sondern auf den Wert der Ware zur Zeit der Veräußerung ab; Bley, § 18 Anm. 3 b; Böhle-Stamschräder, Vergleichsordnung, § 18 Anm. 2; ders., Konkursordnung, § 240 Anm. 3 c.
 - 6) RG vom 17. 12. 1915, JW 1916, 273 mit Anm. Kohler; Vorinstanz: KG vom 11. 5. 1915, MuW 1914 15, 370; ähnlich: KG vom 21. 2. 1912, MuW 1912/13, 197 und OLG Düsseldorf vom 7. 10. 1913, MuW 1913/14, 208.

dem Begriff der Selbstkosten einmal im Rahmen des § 3 UWG ¹⁾ zu tun: Eine Berliner Firma kündigte Brantwein zum "Selbstkostenpreis plus 10 %" an. Dabei faßte sie "Selbstkostenpreis" als Einstands- (Gestehungs-) preis zuzüglich Generalunkosten (Fracht, Verpackung, Zoll sowie Miete und Lohn) auf, während ihr Handelsstand darunter den Einstandspreis zuzüglich Spezialunkosten (Fracht, Verpackung, Zoll ohne Miete und Lohn) verstand. Das Reichsgericht entschied, daß eine solche Ankündigung geeignet sei, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. Eine Klärung des Begriffes der Selbstkosten unterblieb, weil die Entscheidung des Rechtsstreits nicht davon abhing.

In den Rechtslexika ²⁾ sucht man vergebens nach einer Definition der Selbstkosten. In der sonstigen juristischen Literatur wird der Begriff der Selbstkosten, sofern er überhaupt verwandt wird, in unterschiedlichstem Sinne gebraucht. Becher ³⁾ versteht unter Selbstkosten Mindestvertriebskosten. In den Kommentaren von Elster ⁴⁾ und Tetzner ⁵⁾ werden Selbstkosten als Gestehungskosten nebst Spezialunkosten aufgefaßt. Nach Kohler ⁶⁾ schließt der Selbstkostenpreis eine "mäßige Berücksichtigung der allgemeinen Geschäftsunkosten" nicht aus. Nach Spengler ⁷⁾ und Töndury ⁸⁾ setzen sich die Selbstkosten aus Gestehungskosten und Generalunkosten zusammen. Schramm ⁹⁾ will schließlich einen angemessenen Gewinnzuschlag berücksichtigt wissen.

Die Betriebswirtschaftslehre, in deren zentralen Bereich die Frage nach den Selbstkosten fällt, kennt ebenfalls keine allgemeingültig akzeptierte Selbstkostendefinition. Der Anwendungsbereich reicht von Identifizierung des Selbstkostenbegriffs mit dem allgemeinen Kostenbegriff einerseits bis zur Gleichsetzung von Selbstkosten mit Gesamtkosten pro Stück ¹⁰⁾. Diese Definition ist die

-
- 1) vom 7. 6. 1909 (RGBl. S. 499) in der Fassung des Gesetzes vom 21. 3. 1925 (RGBl. II S. 115), der VO vom 9. 3. 1932 (RGBl. I S. 121), des Gesetzes vom 26. 2. 1935 (RGBl. I S. 311), der VO vom 8. 3. 1940 (RGBl. I S. 480) und des Gesetzes vom 11. 3. 1957 (BGBI. I S. 172).
 - 2) Creifelds; Reifferscheid/Böckel/Benseler; Stier-Somlo/Elster.
 - 3) BB 1953. 297 (298 I. Sp.)
 - 4) S. 128.
 - 5) § 3 UWG Anm. 22.
 - 6) S. 169.
 - 7) Preisschleuderei, S. 11.
 - 8) S. 484.
 - 9) GRUR 1940, 133 (136).
 - 10) Deppe, S. 87.

am weitesten verbreitete. So führt Wöhe ¹⁾ aus: "Die Selbstkostenrechnung (Kalkulation) führt als Kostenträgerrechnung die Zurechnung der Kosten auf die einzelnen Leistungen durch, d. h. sie ermittelt die Selbstkosten und schafft damit die Grundlage für die Kalkulation des Angebotspreises". Nach Gutenberg ²⁾ ist es Aufgabe der Selbstkostenrechnung, "die Kosten der vom Betrieb erstellten Leistungseinheiten zu ermitteln". In Gablers Wirtschafts-Lexikon ³⁾ sind Selbstkosten als die "Summe aller durch den betrieblichen Leistungsprozeß entstandenen Kosten, bezogen auf die Leistungseinheit (Stückkosten)" definiert. Statt "Gesamtkosten pro Stück", "Stückkosten", "Kosten pro Leistungseinheit" sind auch Ausdrücke wie "Gesamtkosten pro Leistungseinheit", "Stückgesamtkosten", "Durchschnittsgesamtkosten", "Gesamtdurchschnittskosten", "durchschnittliche totale Kosten" gebräuchlich ⁴⁾.

Dieser Selbstkostenbegriff wird der vorliegenden Arbeit zugrundegelegt. Das rechtfertigt sich einmal daraus, daß die eingangs erwähnten Autoren, die die Forderung nach Schaffung einer deutschen Regelung gegen Unterkostenverkäufe erheben, bei ihren Vorschlägen stillschweigend von dieser Definition ausgehen. Zum anderen werden die Selbstkosten im kalifornischen Recht, das der deutschen Gesetzgebung gegenübergestellt werden soll, in diesem Sinne verstanden.

Auf den Ausdruck "Preisschleuderei" wird im Rahmen dieser Arbeit aus zwei Gründen verzichtet: Einmal besteht keine einheitliche Auffassung dahingehend, daß Verkauf unter Selbstkosten und Preisschleuderei identisch sind. So setzen einige Autoren Preisschleuderei mit erheblicher Preisunterbietung gleich ⁵⁾. Andere benutzen den Ausdruck bei Preisunterbietungen preisgebundener Waren ⁶⁾. Wieder andere wenden ihn zwar auf Verkäufe unter Selbstkosten an; sie messen den Selbstkosten aber die erwähnten unterschiedlichsten Bedeutungen zu, so daß je nach Ansicht des Verfassers auch das Preisschleudern einen anderen Sinngehalt bekommt. Zum anderen enthält der Ausdruck Preisschleuderei vom Sprachlichen her ein Werturteil mit negativer Färbung. Eine Arbeit, in der die juristische Brauchbarkeit der Selbstkostengrenze geprüft werden soll, kann jedoch ein Werturteil nicht zum Ausgangspunkt nehmen.

Ungeeignet zur Kennzeichnung einer Preisgestaltung unter Selbstkosten in Deutsch-

-
- 1) S. 646.
 - 2) Einführung, S. 132.
 - 3) Sp. 1033.
 - 4) Gutenberg, Grundlagen I, S. 326 ff.; Heinen, S. 133 ff. Nach Koch, ZfhF 1953, 303 ist dieser Selbstkostenbegriff bereits "veraltet".
 - 5) v. Godin/Hoth, § 1 UWG Anm. 17 b.
 - 6) Reimer, S. 566; Tetzner, § 1 UWG Anm. 110 ff.

land erscheint auch die im Zusammenhang mit besonders billigen Angeboten auftauchende Bezeichnung 'dumping'. Zum einen enthält sie ebenso wie der Begriff "Preisschleuderei" ein negatives Werturteil; zum anderen hat sich dieser Begriff als Fachausdruck im internationalen Wirtschaftsrecht herauskristallisiert, nämlich als "Verkauf einer Ware ins Ausland zu einem Preis, der niedriger ist als der Verkaufspreis der gleichen Ware im Inland" ¹⁾.

II. BEURTEILUNG VON UNTERKOSTENVERKÄUFEN NACH DEM UWG

Welche Schranken nach § 1 UWG für Preisgestaltungen unter Selbstkosten bestehen, ist umstritten. Während die Rechtsprechung eine verhältnismäßig einheitliche Linie verfolgt, tauchen im Schrifttum unterschiedliche Ansichten auf. Um den gegenwärtigen Meinungsstand zu verstehen, empfiehlt sich ein Rückblick auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Preisunterbietung.

1. Rechtsprechung des Reichsgerichts

Grundlegend für die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Preisunterbietung sind Nipperdeys Schrift "Wettbewerb und Existenzvernichtung" und die Entscheidung im "Benrather Tankstellen-Fall" ²⁾: Ein Benzinkartell stellt einen Tankstellenbesitzer, der bei gesunder Kalkulation billiger als ein bestimmtes Mitglied des Kartells verkaufen konnte, durch rücksichtslose Preisunterbietung vor die Wahl, entweder seine Preise den höheren Kartellpreisen anzugleichen oder, falls er dazu nicht bereit war, wirtschaftlich zu Grunde zu gehen. Das Reichsgericht bezeichnete dieses Vorgehen des Benzinkartells als unlauter im Sinne des § 1 UWG. In seiner Begründung machte es sich die von Nipperdey ³⁾ getroffene Unterscheidung zwischen Leistungswettbewerb und Behinderungswettbewerb zu eigen. Als Leistungswettbewerb bezeichnete es die Förderung der Absatztätigkeit mit Mitteln der eigenen Leistung, wobei es zulässig sei, die Vernichtung des Mitbewerbers durch eigenes höheres Leistungsangebot anzustreben. Be-

1) Grabitz, S. 6; Langen, S. 72.

2) RG vom 18. 12. 1931, RGZ 134, 342; Vorinstanz: OLG Düsseldorf vom 25. 7. 1929, GRUR 1929, 1368 = KR 1930, 253 mit Anm. Tschierschky.

3) Wettbewerb und Existenzvernichtung, S. 16.

hinderungswettbewerb sei demgegenüber dadurch gekennzeichnet, daß ein Bewerber ohne Steigerung der eigenen gewerblichen Leistung nur den Zweck verfolge, den Mitbewerber in seiner Handlungsfreiheit zu beeinträchtigen, um dadurch freie Bahn für die Ausdehnung des eigenen Absatzes zu schaffen. Auffällig ist, daß das Reichsgericht und Nipperdey bei gleicher Methodik der Beurteilung des Falles zu unterschiedlichen Ergebnissen kamen. Während Nipperdey in der Unterbietung durch das Benzinkartell eine echte Leistungssteigerung erblickte, sah das Reichsgericht sie als einen schweren Fall des Behinderungswettbewerbs an, weil es der Beklagten darum gegangen sei, den Mitbewerber "kosten es, was es wolle" vom Markt zu verdrängen, um dann zu den alten oder noch höheren Preisen zurückzukehren.

Es nimmt nicht wunder, daß die Entscheidung des Reichsgerichts in der Literatur heftig angegriffen worden ist. Der Hauptvorwurf lautete, das Reichsgericht habe den Zweck einer Handlung über die Zulässigkeit der Handlung selbst entscheiden lassen und damit den Begriff der guten Sitten überspannt ¹⁾. Der Grund dafür, daß es im "Tankstellen-Fall" zu einer so starken Ausdehnung des Begriffs der Lauterkeit durch das Reichsgericht gekommen ist, liegt wohl darin, daß das Reichsgericht die Handlungsweise des Benzinkartells unterbinden wollte, ohne dafür Vorschriften gegen wettbewerbsbeschränkendes Verhalten zu haben, wie sie heute im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ²⁾ niedergelegt sind. Nach heutigem Recht wäre ein Rückgriff auf § 1 UWG nicht mehr erforderlich. Das Verhalten des Benzinkartells verstieße einmal gegen § 25 Abs. 2 Ziff. 3 GWB, weil sich der Tankstellenbesitzer den Preisen des Kartells anpassen, sich also gleichförmig verhalten sollte ³⁾. Zum anderen wäre § 26 Abs. 2 GWB verletzt, weil das Benzinkartell als Kartell ein anderes Unternehmen nicht unbillig behindern darf ⁴⁾. Unter Umständen came auch § 22 GWB in Betracht ⁵⁾.

Das Reichsgericht hat in der Folgezeit trotz den gegen die "Tankstellen-Entscheidung" vorgebrachten Bedenken an dem einmal eingeschlagenen Wege festgehalten. Im "Tilsiter-Zeitungs-Fall" ⁶⁾ verneinte es allerdings das Vorliegen von "Ver-

-
- 1) Baumbach, Kommentar, S. 536; ders., MuW 1930, 2 (5 r. Sp.); Heintzeler, S. 50; Isay, GRUR 1929, 1368 (1371 r. Sp.); Reinhard, MuW 1930, 468 (470 l. Sp.); ders., MuW 1931, 247.
 - 2) vom 27. 7. 1957 (BGBl. I S. 1081) in der Fassung vom 15. 9. 1965 (BGBl. I S. 1363).
 - 3) Scheel, S. 93 f.
 - 4) Fikentscher, GRUR Ausl. 1966, 181 (184 l. Sp.).
 - 5) Kunze, S. 169; a. A. wohl Rinck, Rdn. 805.
 - 6) RG vom 9. 5. 1933, MuW 1933, 403 (zitiert nach Merkel, S. 18).

nichtungsabsicht": Die Beklagte, ein Zeitungsunternehmen, setzte ihren Bezugspreis zunächst für bestimmte Kreise, später allgemein herab. Die Klägerin, ein Konkurrenzunternehmen der Beklagten, mußte der Preisunterbietung folgen und verlangte Schadensersatz, da das Vorgehen der Beklagten von dem Bestreben getragen gewesen sei, der Klägerin Kunden zu entziehen. Das Reichsgericht begründete die Klageabweisung damit, es handle sich hier im Gegensatz zum "Benrather Tankstellen-Fall" nicht um Niederringung "koste es, was es wolle" durch ein übermächtiges Unternehmen; die Beklagte habe ihr Unternehmen durch die Preisherabsetzung vielmehr in wirtschaftlich gesunder Weise fördern wollen.

Eine dritte Entscheidung die im "Putztuchwäscherei-Fall" ¹⁾ getroffen wurde, ist deshalb von Interesse, weil das Reichsgericht hier zum ersten Male mit der Selbstkostengrenze und der Mischkalkulation konfrontiert wurde: Die Klägerin betrieb eine Wäscherei für Maschinenputztücher, die Beklagte eine Weißwäscherei. Die Beklagte nahm in einem Nebenbetrieb ebenfalls die Wäscherei von Maschinenputztüchern auf und begann, die Klägerin im Preis erheblich zu unterbieten. Die Klägerin behauptete in ihrer auf Unterlassung gerichteten Klage, die Beklagte arbeite bei den Maschinenputztüchern zu Verlustpreisen, weil sie ihre festen Kosten (Miete, Versicherung) ausschließlich auf den Hauptbetrieb mit der Weißwäscherei umlege und bei den Maschinenputztüchern außerdem auf Gewinn verzichte. Die Beklagte berief sich demgegenüber darauf, daß sie trotz ihren niedrigen Preisen genügend Verdienst habe, weil sie für ihre Maschinenputztücher die nicht mehr brauchbare Waschlauge aus ihrer Weißwäscherei verwende. Das Reichsgericht verneinte auf Seiten der Beklagten das Vorliegen von Vernichtungsabsicht, weil die Beklagte die Putztuchreinigung vornehmlich aufgenommen habe, um die Anlagen ihrer Weißwäscherei dadurch besser auszunutzen. Zu der Frage, ob die ungleichmäßige Verteilung der Gemeinkosten rechtmäßig sei, brauchte das Reichsgericht nicht Stellung zu nehmen, weil feststand, daß selbst bei Berücksichtigung der ungleichmäßigen Verteilung keine Verlustpreisstellung gegeben war. Es sprach jedoch aus, daß Verkäufe zu Verlustpreisen nicht schlechthin sittenwidrig seien, Sie könnten z. B. im Interesse der Unternehmenserhaltung, zur Überwindung vorübergehender Depression oder zur Ausnutzung nicht voll ausgenutzter Anlagen gerechtfertigt sein. Dabei sah es die angeführten Beispiele nicht etwa als Rechtfertigungsgründe für eine ausnahmsweise gestattete Preisgestaltung unter Selbstkosten an, sondern als Begründung dafür, daß die Selbstkostengrenze, für sich gesehen, kein geeignetes Merkmal zur Abgrenzung der zulässigen von der unzulässigen Preisunterbietung sei.

1) RG vom 15. 10. 1935, GRUR 1936, 139 - JW 1936, 651 mit Anm. Hennicke = MuW 1935, 422.

2. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Der Bundesgerichtshof hat sich die Rechtsprechung des Reichsgerichts im wesentlichen zu eigen gemacht. Im Jahre 1952 erklärte er, daß jeder Gewerbetreibende im freien Wettbewerb es hinnehmen müsse, wenn der Absatz seiner Waren oder sein Kundenkreis durch die lautere wettbewerbliche Tätigkeit von Mitbewerbern geschmälert werde ¹⁾. Im "Händlerrabatt-Fall" ²⁾ aus dem Jahre 1954, worin es darum ging, ob in der Hefeindustrie die Gewährung eines Händlerrabattes von mehr als 25 % zulässig sei, konkretisierte er: "Das Mittel des Preisunterbietens bei nicht preisgebundenen Waren ist eine im Leistungswettbewerb alltägliche und ohne das Vorliegen besonderer Umstände nicht sittenwidrige wettbewerbliche Maßnahme. Der Wettbewerb selbst durch Preisgestaltung unter Selbstkosten ist ohne das Hinzukommen besonderer, verwerflicher Umstände nicht unlauter, auch wenn durch dieses Vorgehen Mitbewerber vom Markte ausgeschlossen werden". - Als Beispiel für solche besonderen Umstände, die ein Unterbieten als sittenwidrig abstempeln könnten, nennt der Bundesgerichtshof den Vernichtungswettbewerb durch "systematisches Preisschleudern", bei dem der Zweck des Preisunterbietens die Vernichtung von Wettbewerbern sei, und knüpft damit an die Entscheidung des Reichsgerichts im "Tankstellen-Fall" an ³⁾.

Die Rechtsauffassung des Bundesgerichtshofs zur Preisunterbietung mit Kostenunterschreitung kommt auch im "Süßwaren-Großhandels-Fall" ⁴⁾ aus dem Jahre 1960 zum Ausdruck. Dort führte er aus: Der festgestellte Sachverhalt biete für die Annahme ruinösen Preiswettbewerbs keine ausreichenden Anhaltspunkte. Eine Preisgestaltung unter Selbstkosten sei ohne Hinzutreten besonderer, die Sittenwidrigkeit begründender Umstände nicht unlauter. Von solchen Umständen könne jedenfalls dann keine Rede sein, wenn ein Unternehmen die Selbstkosten nur zeitweilig oder gelegentlich unterschreite.

Daß der Bundesgerichtshof durch den Nachsatz der vorerwähnten Entscheidung seine im Jahre 1954 niedergelegte Rechtsauffassung nicht aufgeben wollte ⁵⁾, folgt aus seinen Ausführungen zum Fall "Bauindustrie III" ⁶⁾, bei dem es um die

1) BGH vom 8. 4. 1952, WuW 1951/52, 855 I. Sp.

2) BGH vom 14. 7. 1954, DB 1955, 96 = WuW 1955, 118 = WuW/E BGH 76.

3) Detmer, WRP 1966, 117 (118 I. Sp.); Spengler, DB 1965, 21 (22 I. Sp.).

4) BGH vom 8. 1. 1960, BB 1960, 227 = DB 1960, 230 = GRUR 1960, 331 = MDR 1960, 374 = WRP 1960, 157 = WuW 1960, 537 = WuW/E BGH 391.

5) Dazu Detmer, WRP 1966, 117 (118 I. Sp.); Spengler, DB 1965, 21 (22 I. Sp.).

6) BGH vom 15. 7. 1966, BB 1966, 1079 = NJW 1966, 2261 mit Anm. Köhler und Anm. Langen, NJW 1967, 829 = WRP 1966, 403 = WuW 1966, 975 = WuW/E BGH 767 mit Anm. Benisch.

Frage ging, ob der Hauptverband der Deutschen Bauindustrie seine Mitglieder durch Aufstellung entsprechender Wettbewerbsregeln auf eine Vorkalkulation mit dem Inhalt der Selbstkostenermittlung festlegen könne ¹⁾. Der Bundesgerichtshof betonte, es sei Grundsatz der Rechtsprechung, daß Preisangebote unter Selbstkosten nicht ohne weiteres wettbewerbswidrig seien, es aber werden könnten, wenn besondere, die Sittenwidrigkeit begründende Umstände hinzutreten.

Das OLG Karlsruhe ²⁾ präzisiert den gegenwärtigen Meinungsstand in der Rechtsprechung dahin: "Eine Preisunterbietung - mit und ohne Kostenunterschreitung - kann nur dann als unlauter im Sinne von § 1 UWG angesehen werden, wenn besondere Umstände hinzutreten, die das Vorgehen des Beklagten als unvereinbar mit den guten kaufmännischen Sitten erscheinen lassen, insbesondere wenn die Preisgestaltung nur dadurch ermöglicht wird, daß der Beklagte gegen gesetzliche Vorschriften verstößt oder wenn die Unterbietung nach ihrem Anlaß, dem verfolgten Zweck, nach den verwendeten Mitteln und nach ihrer Auswirkung sich als Sittenverstoß darstellt" ³⁾.

3. Neuere Schrifttum

Im neueren Schrifttum lassen sich zur Frage der rechtlichen Zulässigkeit von Preisgestaltungen unter Selbstkosten im wesentlichen drei Ansichten unterscheiden.

-
- 1) Dazu unten S. 22-24.
 - 2) vom 23. 12. 1958, BB 1959, 392 I, Sp. = DB 1959, 198 I, Sp.
 - 3) Weitere Rechtsprechung: OLG Celle vom 27. 7. 1960, GRUR 1961, 595 = WRP 1961, 50; OLG Düsseldorf vom 28. 7. 1967, BB 1967, 1014 = DB 1967, 1782; OLG Hamm vom 19. 10. 1965, BB 1965, 1369 = WRP 1966, 132 = WuW 1966, 360 = WuW/E OLG 764; KG vom 29. 6. 1965, BB 1965, 1051 = WuW 1966, 351 = WuW/E OLG 755; OLG Oldenburg vom 4. 12. 1959, BB 1960, 67 = DB 1960, 84 GRUR 1960, 442 = MDR 1960, 231 WRP 1960, 19; OLG Stuttgart vom 31. 10. 1967, WuW 1968, 391 = WuW/E OLG 855; LG Bremen vom 25. 11. 1949, WuW/E LG/AG 2; LG Köln vom 12. 1. 1966, WRP 1966, 228; LG Regensburg vom 9. 11. 1954, BB 1955, 271 = WuW/E LG/AG 22.

- a) Becher ¹⁾ kehrt den vom Reichsgericht im "Putztuchwäscherei-Fall" ²⁾ aufgestellten Grundsatz um, indem er erklärt: Grundsätzlich müsse man von der Unlauterkeit einer Preisgestaltung mit Kostenunterschreitung ausgehen. Nur in eng begrenzten Ausnahmefällen, z. B. bei Ausverkauf, könne der Absatz unter Selbstkosten zulässig sein. Ausgehend von Nipperdeys Unterscheidung zwischen Leistungs- und Behinderungswettbewerb begründet er seine Meinung wie folgt: Ziel des Wettbewerbs sei die Steigerung des Sozialprodukts durch Leistungswettbewerb, die in Qualitätsverbesserung und Rationalisierung zum Ausdruck komme. Wer im Leistungswettbewerb nicht Schritt halten könne, müsse ausscheiden. Verkauf unter Selbstkosten sei nicht statthaft, weil er nicht durch Leistung ermöglicht, sondern willkürlich zum Zweck der Behinderung vorgenommen werde. Selbst ein zur Existenzrettung durchgeführter Verlustpreis müsse als Behinderungswettbewerb bezeichnet werden, weil er sich für die Wettbewerber als schädigend auswirke. Preisgestaltung unter Selbstkosten sei auch mit guten kaufmännischen Grundsätzen unvereinbar, weil der Verlustpreisanbieter seinen Mitbewerbern von vornherein die Möglichkeit nehme, in einen ehrlichen Wettbewerb einzutreten; was immer durch Material und Arbeit an Vorzüglichem geleistet werde, werde dabei durch den Verzehr von Substanz hinterhältig zunichte gemacht. Schließlich bestehe die Gefahr, daß schon vereinzelt Unterkostenverkäufe den Zusammenbruch eines ganzen Geschäftszweiges einleiten könnten ³⁾.
- b) Spengler ⁴⁾ differenziert zwischen Verkäufen unter Selbstkosten zur Anpassung an fremden Leistungsvorsprung und Preisunterbietung mit Kostenunterschreitung im übrigen. Verkäufe unter Selbstkosten zur Anpassung an fremden Leistungsvorsprung hält er für grundsätzlich zulässig. Bei anderen Unterkostenverkäufen setzt er sich für eine Umkehr der Beweislast im Sinne von Becher ein: Wird dem Unterbietenden nachgewiesen, daß er unter Selbstkosten verkauft, ohne daß er damit fremden Leistungsvorsprung einholen will, so hat er darzulegen und notfalls zu beweisen, "daß ihm zu seiner Rechtfertigung ein anerkannter Ausnahmetatbestand zur Seite steht".

1) BB 1953, 297 (299 r. Sp.). Auch Löffler, Rdn. 162 und Löffler/Thümmel, BB 1957, 1094 (1096 r. Sp.) scheinen auf diesem Standpunkt zu stehen.

2) RG vom 15. 10. 1935, GRUR 1936, 139 = JW 1936, 651 mit Anm. Henricke = MuW 1935, 422.

3) a. a. O., S. 298.

4) Preisschleuderei, S. 20; ders., Wettbewerb, S. 61.

- c) Die herrschende Meinung lehnt beide Auffassungen mit der Begründung ab: Für Preisunterbietungen mit Kostenunterschreitung dürfe nichts anderes gelten als für Preisunterbietungen im allgemeinen; diese seien aber nur dann unzulässig, wenn besondere, verwerfliche Umstände hinzutreten ¹⁾. Ferner seien Verkäufe unter Selbstkosten unentbehrlicher Bestand einer Markt- und Wettbewerbswirtschaft ²⁾. Es seien unzählige Gründe denkbar, die auch den ordentlichen Kaufmann zwingen könnten, Waren unter den Selbstkosten oder dem Einstandspreis abzugeben ³⁾. Jede kaufmännische Tätigkeit enthalte ein gewisses Unsicherheitsmoment in der Disposition. Der Kaufmann sei vielfachen Einflüssen unterworfen, auf die er seinerseits nicht einwirken könne, die er aber bei der Preisbildung berücksichtigen müsse. Der Einfluß politischer und wirtschaftlicher Verhältnisse auf Produktion und Verkauf, die Entwicklung der Technik, die jeweilige Markt- und Kapitallage, die Kaufneigung und das Kaufvermögen der Abnehmer, die Verderblichkeit der Ware, plötzlich auftretender eigener Geldbedarf und dergleichen könnten ihn zu einer schnellen Änderung seiner Dispositionen zwingen. Wenn er dann nach dem Grundsatz "Der erste Verlust ist der geringste" handle, liege dies im Rahmen üblicher kaufmännischer Überlegung. Aus der Tatsache einer Verlustpreisstellung allein lasse sich deshalb eine Vermutung unlauteren Verhaltens nicht herleiten. Wenn sie auch einen gewissen Verdacht der Unlauterkeit nahelege, so könne sie doch nur in Verbindung mit anderen Begleitumständen zum Urteil der Sittenwidrigkeit führen ⁴⁾. Der Unterscheidung Spenglers zwischen zwei Arten der Kostenunterschreitung wird darüber hinaus entgegengehalten, sie scheitere an der Schwierigkeit, "fremden Leistungsvorsprung" zu messen. Ferner sei der Nachweis, ein Mitbewerber verkaufe unter Selbstkosten, ohne fremden Leistungsvorsprung einholen zu wollen, in der Praxis kaum zu erbringen ⁵⁾.

Im einzelnen unterscheidet die herrschende Meinung im Schrifttum zwischen "Preisunterbietungen mit sittenwidrigen Begleitumständen" und "unlauterer

-
- 1) Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Rdn. 223; Droste, DB 1956, Heft 11, Beilage Nr. 5 ; v. Gamm, S. 181; Goerke, WRP 1955, 61 f. ; Hubmann, § 50 IV 1; Koenigs, NJW 1961, 1041 (1043 l. Sp.); Tetzner, § 1 UWG Anm. 11; Weber, NJW 1960, 172 (173 l. Sp.).
- 2) Rasch, WuW 1953, 387 (395); ders., BB 1954, 509 r. Sp.; Rasch/Westrick, §§ 25, 26 GWB Anm. 28.
- 3) Goerke, WRP 1955, 61 (62 r. Sp.); Reimer, S. 580.
- 4) Gutachten Nr. 17/1950.
- 5) Fikentscher, Preisunterbietung, S. 28.

Preisunterbietung" ¹⁾. Bei der "Preisunterbietung mit sittenwidrigen Begleitumständen" ist die Preisgestaltung von "innen heraus" unlauter, z. B. wenn die Preisunterbietung durch Rechtsbruch oder Irreführung des Publikums ermöglicht wird. Bei der "unlauteren Preisunterbietung" ist die Preisgestaltung als solche unlauter, und zwar wenn ihr Anlaß, ihr Zweck, ihre Mittel oder ihre Wirkungen mit den guten Sitten unvereinbar sind und die Gesamtbeurteilung des Zusammenhangs von Anlaß, Zweck, Mittel und Wirkungen zum gleichen Ergebnis führt. Die Abgrenzung hat keine große Bedeutung, ist aber nützlich für die Untersuchung der Frage, ob ein Begleitumstand, z. B. die Werbung, unlauter ist oder auch die Preisunterbietung selbst ²⁾. Welches Gewicht den Abgrenzungskriterien bei der "unlauteren Preisunterbietung" im einzelnen zukommt, ist im Schrifttum nicht abschließend geklärt. So besteht Streit, welchen Inhalt der wichtigste Fall der durch ihre Zwecke unlauteren Preisunterbietung, nämlich die Vernichtungsunterbietung hat. Während die Mehrzahl der Autoren mit diesem Begriff im Anschluß an die Rechtsprechung die Vorstellung von "Absicht der Existenzvernichtung" einzelner Mitbewerber verbindet ³⁾, verlangt eine im Vordringen begriffene überzeugende Meinung, daß die Preisunterbietung darauf abziele oder geeignet sei, den Wettbewerb durch Ausschaltung von Mitbewerbern zu beschränken ⁴⁾.

4. Beispiele nicht erlaubter Kostenunterschreitung

Musterbeispiel für eine "Preisunterbietung mit sittenwidrigen Begleitumständen" ist das Lockvogelangebot. Darunter versteht man eine im Verhältnis zur Nachfrage völlig unzureichende Menge ⁵⁾. Überspitzt kann man sagen, der Geschäftsherr wirbt in diesem Fall für eine Ware, die er nicht hat. Dabei ist es gleichgültig, ob die Ware nicht vorhanden, ob sie unverkäuflich, nur in unbrauchbarer oder unvollständiger Ausführung vorhanden ist oder, wie dem Kunden versichert wird, soeben ausverkauft wurde ⁶⁾. Das sittenwidrige Moment liegt hier in der

1) Reimer, S. 577.

2) Fikentscher, Preisunterbietung, S. 34.

3) Burmann. DB 1965, 1655 (1657 r. Sp.); Bussmann/Droste, S. 135; Döll, BB 1965, 173 (177); Droste, DB 1956, Heft 11, Beilage Nr. 5, S. 2 l. Sp.; Troller, S. 929.

4) Fikentscher, Preisunterbietung, S. 47; Scheel, S. 94.

5) Greifelt, Int. Wettbewerb 1963, 5 (15 r. Sp.); Hertwig, S. 35 l. Sp.; Bundesminister für Justiz, DB 1968, 520 r. Sp.

6) Krabbe, S. 57.

Irreführung des Publikums und macht die Preisunterbietung nicht als solche, sondern von "innen heraus" unlauter (§§ 1, 3 UWG).

Verkauft ein Großhändler an Letztverbraucher Zucker und unterschreitet er dabei die für die letzte Handelsstufe vorgeschriebenen Festpreise ¹⁾, so verletzt er neben den preisrechtlichen Bestimmungen auch § 1 UWG. Die Gesamtbeurteilung von Anlaß, Zweck, Mittel und Wirkungen führt hier deshalb zum Ergebnis der "Unlauterkeit der Preisunterbietung", weil sich der betreffende Geschäftsherr über öffentlich-rechtliche Pflichten hinwegsetzt, an die sich seine redlichen Mitbewerber gebunden fühlen ²⁾.

Unter Berücksichtigung von Anlaß, Zweck, Mittel und Wirkungen erscheinen auch Verlustpreise bei Marktordnungswaren des täglichen Bedarfs wie Milch und Butter unlauter. Allerdings gibt es für diese Waren im Gegensatz zu Zucker keine gesetzlichen Preisuntergrenzen. Wohl können der Bund oder, sofern dieser seine Rechte nicht wahrnimmt, die Länder für Milch und Butter gesetzliche Preisregelungen treffen (§ 20 Milch- und Fettgesetz ³⁾); von dieser Befugnis haben Bund und Länder bislang aber nur in der Weise Gebrauch gemacht, daß Höchstpreise festgesetzt wurden. Jedoch haben sich gerade bei Milch und Butter im Laufe der Zeit auf Grund öffentlich-rechtlicher Eingriffe beim Publikum bestimmte Preis- und Wertvorstellungen herausgebildet. Werden sie für sensationell wirkende Werbung ausgenutzt, so führt die Gesamtbetrachtung der Umstände zum Ergebnis der Wettbewerbswidrigkeit ⁴⁾.

Schutz nach § 1 UWG besteht nach einer neueren Meinung bei Verkauf bekannter Markenartikel zu "offensichtlichen Verlustpreisen" (Unterschreiten der Einstandskosten) selbst dann, wenn der Hersteller seine Markenware nicht gemäß § 16 GWB durch Preisbindung sichert ⁵⁾. Zur Begründung wird auf die Werbekraft der Markenartikel, die Auswirkung der Verlustpreisstellungen auf den Wettbewerb und die

-
- 1) VO Nr. 2/63 vom 18. 7. 1960 (BANz. Nr. 55 vom 20. 3. 1963), abgedruckt bei Zipfel unter Nr. 455 d.
 - 2) Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Rdn. 349 ("Berufsstandsvergessenheit"); Mitteilung in "Der Wettbewerb" 1961, 54.
 - 3) Gesetz über den Verkehr mit Milch, Milcherzeugnissen und Fetten in der Fassung vom 10. 12. 1952 (BGBl. I S. 811), zuletzt geändert durch das 3. Gesetz zur Änderung des Milch- und Fettgesetzes vom 27. 7. 1961 (BGBl. I S. 1104).
 - 4) Fikentscher, Rechtsgutachten; MA 1962, 897 ff.
 - 5) Zur Rechtslage bei gebundenen Preisen; Fikentscher, Preisunterbietung, S. 52 ff.

Interessen des Herstellers hingewiesen. So betont das LG Wiesbaden ¹⁾: Markenartikel nähmen - anders als markenlose Waren - im Preisbewußtsein der Käufer eine besondere Stellung ein. Gerade die erleichterte Möglichkeit des Preisvergleichs zwingt Mitbewerber, um wettbewerbsfähig zu bleiben, etwaigen Verlustpreisstellungen zu folgen und ebenfalls ihre Preise für den betreffenden Markenartikel bis unter die Selbstkosten herabzusetzen. Dies wiederum führe zu einem ruinösen Wettbewerb. Allerdings sei ähnlich wie beim Verschenken von Ware ²⁾ zwischen Umsonstabgabe bekannter und weniger bekannter Ware zu unterscheiden. Eine Behinderung des Wettbewerbs komme um so eher in Betracht, je mehr die Ware dem Publikum nach Art, Qualität und Verwendung bekannt sei. Hierse-mann ³⁾ weist darauf hin, daß der Hersteller eines Markenartikels ein lebenswichtiges Interesse daran habe, daß der Preis seines Markenartikels nicht soweit "herunterkonkurriert" werde, daß andere Händler keinen Wert mehr darauf legten, ihn zu vertreiben. Diese Gefahr sei besonders groß, weil Preisunterbieter sich in der Regel für ihre Werbung nur solche Artikel aussuchten, die bei ihrem Gesamtumsatz keine Rolle spielten. Getroffen würden alle Konkurrenten, die den Markenartikel verkauften, also auch die Geschäfte, die den unterbotenen Artikel schwerpunktmäßig vertrieben oder gar ihre Existenz darauf aufgebaut hätten. Deshalb müßten aggressive Preisunterbietungen bei Markenartikeln jedenfalls dann für unzulässig erachtet werden, wenn der geforderte Preis "offensichtlich" die Selbstkosten nicht erreiche.

Ob sich diese Auffassung durchsetzen kann, solange die Hersteller von Markenartikeln sich gegen Mißbrauch durch Preisbindung sichern können, ist nicht abzu-sehen. Sicherlich würde die Ansicht in dem Augenblick weitere Anhänger finden, wo das Institut der Preisbindung in Wegfall geriete. Allemal verdient festgehalten zu werden, daß die Rechtsprechung mit der Generalklausel des § 1 UWG die Möglichkeit zur Anpassung an neue Arten der Preisunterbietung besitzt.

5. Beispiele erlaubter Kostenunterschreitung

Ein Fall "erlaubter" Verlustpreisstellung scheint vorzuliegen, wenn ein Unternehmen seine Preise unter die derzeitigen Kosten senkt und dadurch seinen Umsatz

1) vom 8. 1. 1968, BB 1968, 314. Gegen dieses Urteil ist Sprungrevision zum BGH eingelegt worden.

2) BGH vom 26. 2. 1965, BGHZ 43, 278 = BB 1965, 513 = GRUR 1965, 489 ("Kleenex").

3) WRP 1963, 33 (37 f. Sp.).

in solchem Ausmaß ausweitet, daß die Kosten später unter die Preise herabsinken, der Preis also auskömmlich wird (Fordsche Spekulation). In Wirklichkeit wächst der Zustand der Verlustpreise nachträglich in einen kalkulatorisch begründeten Zustand hinüber, so daß ein Fall echten Leistungswettbewerbs gegeben ist ¹⁾.

Als uneingeschränkt erlaubt ist die Preisunterbietung mit Kostenunterschreitung anzusehen bei: Verkauf verderblicher Waren (Fisch, Gemüse, Obst), Saison-schlußverkäufen (Textilien) und Ausverkäufen (Aufgabe des gesamten Geschäftsbetriebes, des Geschäftsbetriebes einer Zweigniederlassung oder Aufgabe einer einzelnen Warengattung). Diesen Fällen ist gemeinsam, daß ein bestimmter Warenvorrat nicht mehr gewinnbringend abgesetzt werden kann; weitere Verluste sind zu befürchten. Die Zulässigkeit dieser Verlustpreisstellungen folgt zum Teil aus dem Gesetz selbst (§§ 7, 9 UWG).

Zuweilen sieht sich ein Unternehmen aus Not gezwungen, unter Selbstkosten zu verkaufen. Ein typischer Fall dieser Art: Fabrikant F gerät in Zahlungsschwierigkeiten, seine Wechsel gehen zu Protest, seine Gläubiger drängen; F veräußert zu Einstandspreisen oder darunter. Wenn F in dieser Situation nach dem Grundsatz "Der erste Verlust ist der geringste" handelt, liegt das im Rahmen gesunder kaufmännischer Kalkulation und ist nicht als unlauter zu bezeichnen ²⁾. Freilich sind dabei die Grenzen der §§ 18 Nr. 1 VerglO, 240 Abs. 1 Nr. 2 KO zu beachten.

Zulässig sind auch Kostenunterschreitungen zum Zweck der Anpassung; Ein Geschäftsherr, der bei rückläufiger Konjunktur vor der Entscheidung steht, seine verlustbringende Produktion aufzugeben oder weiterhin mit Verlust anzubieten, muß die Möglichkeit haben, solange Aussicht auf Besserung der Marktlage oder die Möglichkeit rationellerer Kostengestaltung besteht, sich im Wege der Verlustpreisgestaltung anderen Marktpreisen anzugleichen ³⁾; der (Fach-) Einzelhandel muß im Kampf mit Großunternehmen die Chance behalten, sein Sortiment zu erweitern und Waren zu führen, die er nur unter Selbstkosten abgeben kann ⁴⁾.

In jüngster Zeit zogen u. a. folgende "aggressive" Verlustpreisstellungen die Aufmerksamkeit auf sich; Abgabe von "10 Brötchen zu 18 Pfennigen", Angebot eines "gebrauchten Fernsehgerätes zu 1, - DM", Herausstellen von Brathähnchen, Elek-

1) Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, S. 293.

2) Droste, DB 1956, Heft 11, Beilage Nr. 5, S. 2 r. Sp.; Gutachten Nr. 17/1950.

3) Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, S. 228; ders., Ordnung der Wirtschaft, S. 131; Rasch, WuW 1953, 387 (390).

4) Droste, DB 1956, Heft 11, Beilage Nr. 5, S. 2 r. Sp.

tropfen, Wolldecken unter dem Einstandspreis ¹⁾. Einige Autoren meinen, solche Angebote verleugneten ihre preisliche Grundlage, widersprächen dem Grundsatz der Preiswahrheit und Preisklarheit und müßten deshalb als wettbewerbswidrig bezeichnet werden ²⁾. Diese Ansicht überzeugt jedoch nicht. Das Angebot eines Unternehmens ist unwahr, wenn seine äußere Form von seinem Inhalt abweicht. In einer freien Wirtschaft soll sich der Preis nach dem Gesetz von Angebot und Nachfrage bilden. Er braucht die zugrundeliegenden Kosten nicht widerzuspiegeln. Da ein einzelner Preis nicht den objektiven Erklärungswert einer Kostendeckung hat, erweckt auch ein Unterkostenpreis nicht schlechthin den Eindruck der Unwahrhaftigkeit ³⁾.

Um das Interesse des Publikums zu wecken oder wachzuhalten, wird häufig ein begrenzter Teil von Waren unter Ankündigungen wie "Freitagspreise", "Festtagspreise", "Spezialpreise" unter Kosten oder gar unter dem Einstandspreis verkauft. Sofern dadurch nicht der falsche Eindruck geweckt wird, das ganze Programm des Lieferanten sei ebenso günstig kalkuliert, ist auch gegen diese Art von Unterkostenverkäufen nach gegenwärtigem Recht nichts einzuwenden ⁴⁾.

Treten keine besonderen, die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände hinzu, ist schließlich auch die Mischkalkulation nicht zu beanstanden ⁵⁾. Das gilt selbst dann, wenn sie als Waffe im Wettbewerb des Mehrproduktunternehmens gegen das Einproduktunternehmen oder im Wettbewerb der Absatzzweige eingesetzt wird ⁶⁾.

Gerade gegen die rechtliche Zulässigkeit der letzten drei Gruppen "aggressiver" Verlustpreisstellungen richten sich die eingangs erwähnten Forderungen bestimmter Wirtschaftskreise. Beispiele dieser Art werden immer wieder zum Beweis eines lückenhaften Schutzes gegen Preisunterbietungen mit Kostenunterschreitung angeführt. Inwieweit diese Rechtsansichten richtig sind, kann erst beurteilt werden, wenn auch die Nebengesetze zum UWG und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen behandelt worden sind.

-
- 1) Die Beispiele finden sich bei Lutz, Sonderdruck aus "Industriekurier" Nr. 22 vom 10. 2. 1968; Markenverband, MA 1968, 337 f. Sp.
 - 2) Steffen, MA 1968, 179 (181 f. Sp.); Wegner, WRP 1965, 243 (245 f. Sp.).
 - 3) Scheel, S. 100 f.
 - 4) Fikentscher, Preisunterbietung, S. 28 f.
 - 5) Rasch, WuW 1953, 387 (394).
 - 6) Fikentscher, Preisunterbietung, S. 28.

III. BEURTEILUNG VON UNTERKOSTENVERKÄUFEN NACH DEN NEBENGESETZEN ZUM UWG

Von den Nebengesetzen zum UWG, die die Frage von Preisunterbietungen berühren, sind die schon erwähnte Verordnung über den Wettbewerb ¹⁾, die Zugabeverordnung ²⁾ und das Rabattgesetz ³⁾ zu nennen.

1. Verordnung über den Wettbewerb

Nach § 1 Abs. 1 Halbs. 1 der Wettbewerbsverordnung wird bestraft, wer unter unlauterer Ausnutzung seines Kredits oder böswilliger Nichterfüllung seiner Verpflichtungen gegenüber dem Staate, der Gefolgschaft seines Betriebes oder seinen Gläubigern in gemeinschädlicher Weise Güter oder Leistungen zu Preisen anbietet, die seine Selbstkosten nicht decken können und den Anforderungen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft widersprechen.

Die Schwäche dieser Bestimmung für das Wettbewerbsrecht liegt zunächst darin, daß sie als reine Strafbestimmung den Mitbewerbern keine Anspruchsgrundlage gegen den Verlustpreisverkäufer gibt ⁴⁾. Nach Abs. 1 Halbs. 2 der Vorschrift ist zudem objektive Bedingung der Strafbarkeit, daß der Verlustpreisverkäufer seine Zahlungen eingestellt hat oder in Konkurs geraten ist. Eine weitere Schwäche liegt darin, daß Tatbestandsmerkmale wie "unlautere Ausnutzung des Kredits" und "böswillige Nichterfüllung der Verpflichtungen" wenig konkret und in der Praxis kaum nachweisbar sind. Schließlich wird der Richter durch die Merkmale "Anforderungen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft" und "in gemeinschädlicher Weise" vor ihm nicht geläufige volkswirtschaftliche Probleme gestellt ⁵⁾. Die Wettbewerbsverordnung hat sich infolgedessen in der Praxis nicht bewährt; Anwendungsfälle sind nicht bekanntgeworden ⁶⁾. Dörinkel ⁷⁾ spricht vom "Muster-

1) Oben S. 2.

2) vom 9. 3. 1932 (RGBl. I S. 121) in der Fassung der Gesetze vom 12. 5. 1933 (RGBl. I S. 264), vom 20. 8. 1953 (BGBl. I S. 939) und vom 15. 11. 1955 (BGBl. I 719).

3) vom 25. 11. 1933 (RGBl. I S. 1011) in der Fassung der Gesetze vom 21. 7. 1954 (BGBl. I S. 212) und 11. 3. 1957 (BGBl. I S. 172).

4) Greifelt, WRP 1955, 1 (5 r. Sp.).

5) Möhring, WuW 1954, 493 (501).

6) Greifelt, MA 1956, 712 r. Sp.; Rinck, Rdn. 480.

7) WuW 1960, 593 (597).

beispiel einer gesetzlichen Regelung, die das Papier nicht wert ist, auf dem sie steht". Nach Merkel ¹⁾ enthält die Verordnung trotz allen Mängeln immerhin einen bemerkenswerten Fortschritt; Sie ist der erste Versuch des Gesetzgebers, die Unzulässigkeit von Preisunterbietungen von der Frage der Sittenwidrigkeit abzutrennen und sie aus wirtschaftsrechtlicher Sicht zu beantworten.

2. Zugabeverordnung

Zwischen Verkauf unter Selbstkosten und Verschenken einer Ware besteht kein grundsätzlicher, sondern nur ein gradueller Unterschied ²⁾ Ein Unterfall der Umsonstabgabe und damit der Verlustpreisstellung ist die Zugabe, von der man spricht, wenn eine Ware (oder Leistung) neben einer Hauptware (-leistung) ohne besonderes Entgelt angeboten, angekündigt oder gewährt wird, um den Absatz der Hauptware zu fördern ³⁾ Zugaben sind nach der ZugabeVO, die neben dem UWG Anwendung findet (§ 2 Abs 3 ZugabeVO) ⁴⁾, grundsätzlich verboten, auch in verschleierte Form. Auf Einzelheiten des Zugaberechts kann hier nicht eingegangen werden. Jedoch seien zum besseren Verständnis der Bedeutung der ZugabeVO im deutschen Wettbewerbsrecht einige Beispiele aus jüngster Praxis aufgeführt:

An einer "Zu-Gabe" fehlt es in aller Regel, wenn bei unverbindlicher Übersendung eines Eßbestecks zur Ansicht ein aus demselben Material bestehender Aschenbecher unentgeltlich mitgesandt wird, den der Empfänger - wie es ausdrücklich heißt - selbst dann behalten darf, wenn er das Eßbesteck nicht kauft ⁵⁾. Ankündigung einer unzulässigen Zugabe ist dagegen bei folgendem Angebot anzunehmen: "Herrenhemd, nylonperfekt, langer Arm, bügelfrei, alle Größen, für 0,50 DM bei einer Einkaufssumme von 50,- DM". Hier erfolgt die Zuwendung des Nylonhemdes gegen ein Scheinentgelt (§ 1 Abs, 1 Satz 2 ZugabeVO); der Preis von 0,50 DM liegt ganz erheblich unter dem Verkehrswert ⁶⁾. Vertrieb einer kleinen Probetube Zahnpaste (9,5 Gramm im Wert von 0,21 DM) mit einer Zahnbürste zum Gesamtpreis von 1,75 DM ist begrifflich Zugabe. Diese fällt jedoch unter den Ausnahmetatbestand des "handelsrechtlichen Zubehörs" (§ 1 Abs, 2

1) S. 64.

2) LG Wiesbaden vom 8. 1. 1968, BB 315 1, Sp.

3) Baumbach-Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rdn. 19.

4) a. A. wohl Hunold, S. 57.

5) BGH vom 7. 2. 1968, wiedergegeben in MA 1968, 146.

6) LG Marburg vom 31. 3. 1968, Der Wettbewerb 1968, 24 1, Sp.

Buchst. d) ZugabeVO), da sie sich nach allgemeiner Auffassung der beteiligten Wirtschaftskreise im Rahmen vernünftiger kaufmännischer Gepflogenheit hält ¹⁾. Unter den Ausnahmetatbestand der "handelsüblichen Nebenleistungen" (§ 1 Abs. 2 Buchst. d) ZugabeVO) fallen schließlich Service-Leistungen bei Tankstellen wie Scheibenwaschen, Prüfen des Luftdrucks, Kontrolle des Ölstandes, ferner baby sitting und Einräumung kostenloser Parkmöglichkeit durch Geschäfte ²⁾.

Durch die ZugabeVO soll, wie die angeführten Beispiele ergeben, die Entschlußkraft des Kunden beim Kauf einer Hauptware durch Einräumung günstiger Nebenleistungen nicht unsachlich beeinflußt werden ³⁾. Hierin erschöpft sich das Anliegen der ZugabeVO. Auf Fälle, bei denen die Abgabe von Gratisleistungen oder von unter Kosten kalkulierten Waren nicht vom Kauf anderer Artikel abhängig gemacht ist, kann die ZugabeVO nicht, auch nicht, wie zuweilen versucht wird ⁴⁾, entsprechend angewandt werden. Das folgt daraus, daß die ZugabeVO sich im Verhältnis zum Grundsatz der freien Kalkulation als Ausnahmetatbestand darstellt und als solcher eng auszulegen ist.

3. Rabattgesetz

Ziel des RabattG, das zum UWG in einer Art "Idealkonkurrenz" steht ⁵⁾, ist es, im Geschäftsverkehr mit dem unkundigen letzten Verbraucher bei der Gewährung von Rabatten Auswüchse zu verhindern. Seine Bestimmungen können im Einzelfall Preisgestaltungen mit Kostenunterschreitung Grenzen ziehen, wenn z. B. auf eine schon auf Selbstkostenbasis kalkulierte Ware 4 % Nachlaß gewährt wird. Der Normalfall ist indessen, daß Rabatte auf mit Gewinn berechnete Waren eingeräumt werden. Als Waffe gegen Unterkostenverkäufe ist das RabattG nach Sinn und Zweck ungeeignet.

-
- 1) BGH vom 3. 5. 1967, GRUR 1968, 53 = MA 1968, 104.
 - 2) Baumbach-Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rdn. 89.
 - 3) Baumbach-Hefermehl, Übersicht ZugabeVO Rdn. 5.
 - 4) Hiersemann, WRP 1963, 33 (36 r. Sp.).
 - 5) Böttcher, BB 1968, 649 (650 r. Sp.).

IV. VERBOT VON UNTERKOSTENVERKÄUFEN NACH DEM RECHT DER WETTBEWERBSREGELN

Zu prüfen bleibt, ob rechtlicher Schutz gegen Verkäufe unter Selbstkosten durch Aufstellen entsprechender Wettbewerbsregeln herbeigeführt werden kann (§§ 28 ff. GWB).

1. Verbot von Unterkostenverkäufen

Nach § 28 Abs. 2 GWB sind Wettbewerbsregeln Bestimmungen, die das Verhalten von Unternehmen im Wettbewerb regeln zu dem Zweck, einem den Grundsätzen des lauterer Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten entgegenzuwirken und ein diesen Grundsätzen entsprechendes Verhalten anzuregen. Diese Vorschrift ist wenig klar gefaßt, und es besteht Streit darüber, inwieweit sie die Aufnahme von Verboten gegen Unterkostenverkäufe gestattet. Ähnlich wie im Rahmen des § 1 UWG lassen sich drei Meinungsgruppen unterscheiden:

Wolter ¹⁾ ist der Auffassung, daß Wettbewerbsregeln im Sinne von § 28 Abs. 2 GWB über die Unlauterkeitsbezogenheit des UWG hinaus dem Schutz der Wettbewerbsfreiheit dienen könnten. Er leitet das aus der Entstehungsgeschichte der §§ 28 ff. GWB ab, wonach das Institut der Wettbewerbsregeln auf Empfehlung des Ausschusses für Wirtschaftspolitik in das GWB eingefügt wurde und eine "positive Handhabe für die Ausschließung eines unlauteren Verhaltens und insbesondere auch für die Anregung und Förderung des Leistungswettbewerbs geben sollte" ²⁾. Mit der Begründung, daß derjenige, der unter Kosten verkaufe, keinen fairen Preis- und Qualitätswettbewerb betreibe, hält Wolter es für zulässig, in Wettbewerbsregeln den Verkauf von Waren unter Selbstkosten schlechthin für wettbewerbswidrig zu erklären.

Spengler ³⁾ will eine Verpflichtung, die Selbstkosten nicht zu unterschreiten, dadurch ersetzen, daß innerhalb einer Branche der Selbstkostenpreis des Bestbetriebes

-
- 1) WRP 1959, 315 (317 l. Sp.); in modifizierter Form auch Jäger, WRP 1959, 339 (341 r. Sp.).
 - 2) Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucksache II/3644 S. 30 l. Sp.
 - 3) Preisschleuderei, S. 21 (35); ähnlich Rheinfels, DB 1957, 813 (815 r. Sp.).

ermittelt wird und die Konkurrenten verpflichtet werden, im Falle einer Unterschreitung desselben den Beweis dafür anzutreten, daß die eigenen Selbstkosten noch günstiger liegen als die ermittelten. Mißlingt dieser Nachweis, so steht dem Verlustpreisverkäufer der weitere Entlastungsbeweis offen, daß er kraft eines besonderen Rechtfertigungsgrundes ausnahmsweise zur Preisgestaltung unter Selbstkosten befugt war.

Das Bundeskartellamt ¹⁾ lehnt beide Auffassungen ab und vertritt den Standpunkt, daß Wettbewerbsregeln nur für den Bereich zugelassen werden könnten, der vom UWG und der Rechtsprechung zum UWG bestimmt worden sei, wobei eine Ausweitung des Inhalts der Wettbewerbsregeln durch eine Fortentwicklung der UWG-Rechtsprechung möglich erscheine. Die Begründung, zu der ein Teil des Schrifttums beiträgt, ist die gleiche wie zu § 1 UWG: Die grundsätzliche Kalkulationsfreiheit müsse gewahrt bleiben; ein kostendeckender Preis schließe jede Unternehmer-Autonomie aus; unsachgemäße Kalkulation müsse im Wege der Marktautonomie durch Leistungswettbewerb und Votum der Konsumenten ausgeschaltet werden ²⁾. Eine Umkehr der Beweislast komme einem Verbot von Unterkostenverkäufen gleich, weil sich kein Betrieb einem Beweisverfahren aussetzen wolle, das seine Betriebsgeheimnisse den Konkurrenten offenbare ³⁾. Ein Verkauf unter Selbstkosten dürfe infolgedessen in Wettbewerbsregeln nur dann verboten werden, wenn anstößige Umstände hinzuträten, d. h. wenn der Unterkostenverkauf im Einzelfall "nach Beweggrund, Mittel und Zweck eine unzulässige Wettbewerbshandlung darstelle" ⁴⁾. Demgemäß beanstandet das Bundeskartellamt alle Wettbewerbsregeln, in denen es schlechthin untersagt wird, Waren oder Leistungen unter Selbstkosten zu verkaufen, und läßt nur solche Wettbewerbsregeln zu, in denen es sinngemäß für unlauter erklärt wird. "Waren oder Leistungen planmäßig unter Selbstkosten anzubieten oder zu verkaufen, wenn die Preisgestaltung nach Beweggrund, Mittel und Zweck als sittenwidrig anzu-

1) Tätigkeitsbericht des BKartA aus dem Jahre 1959, BT-Drucksache III/1795 S. 51 f. Sp.

2) Franzen in Gemeinschaftskommentar, § 28 Anm. 29; ders., WuW 1957, 741 (746); Müller/Gries, § 28 Anm. 10.

3) Fikentscher, BB 1958, 201 (205); Rasch/Westrich, §§ 28-33 GWB Anm. 14.

4) BKartA, a. a. O.; Franzen, BB 1963, 527 (529 I. Sp.); Reuter, Die Aussprache 1959, 13 (18 I. Sp.); Tetzner, Kartellrecht, S. 200 f.

sehen ist und dadurch gesunde kaufmannische Geschäftspraxis verachtet wird" ¹⁾ Die Kriterien "Beweggrund", "Mittel" und "Zweck" werden kumulativ und nicht alternativ aufgeführt, um zum Ausdruck zu bringen, daß der Charakter einer Preisunterbietung nur aus dem Zusammenwirken aller Umstände geschlossen werden kann ²⁾. Die Klausel "Ein Beweiszeichen für das Vorliegen eines Verdrängungs- oder Vernichtungswettbewerbs ist es, wenn ohne sachlich gerechtfertigten Grund regelmäßig unter Selbstkosten und gleichzeitig erheblich unter dem Preis der Mitbewerber verkauft wird" wird vom Bundeskartellamt nicht als eine Gefahr für die Preisautonomie angesehen ³⁾.

2. Verpflichtung zur Selbstkostenermittlung

Da die Wirtschaftsverbände mit der Aufnahme eines allgemeinen Verbots von Verkäufen unter Selbstkosten in Wettbewerbsregeln nicht durchdrangen, versuchten sie, ihre Mitglieder wenigstens auf eine Vorkalkulation mit dem Inhalt der Selbstkostenermittlung vor Preisbildung festzulegen. Im Jahre 1963 hatte das Bundeskartellamt ⁴⁾ über die Zulässigkeit einer solchen Wettbewerbsregel im Bereich der Bauindustrie zu befinden. Es erklärte, daß eine Pflicht zu ordnungsmäßiger Kalkulation nicht aus den Grundsätzen des lautereren Wettbewerbs zu folgern sei, daß ein solches Gebot im Bereich der industriellen Bauwirtschaft jedoch im allgemeinen Interesse an der Sicherung eines leistungsgerechten Wettbewerbs liege, der Verwirklichung wesentlicher Ordnungsgrundsätze diene und die Freiheit der Preisgestaltung nicht antaste.

-
- 1) BKartA vom 9. 12. 1959, DB 1960, 23 - WuW 1960, 134 - WuW E BKartA 96 ("Kohleneinzelhandel"); BKartA von Dez. 1966, WuW 1967, 307 = WuW/E BKartA 1117 ("Lackindustrie"); BKartA vom 16. 4. 1968, BB 1968, 688 - WuW 1968, 711 - WuW E BKartA 1213 ("Baustoffhändler e. V."); WM Baden-Württemberg vom 15. 1. 1968, WuW 1968, 417 - WuW E LKartB 137 ("Brauerei"); WM Nordrhein-Westfalen vom 1. 3. 1962, WuW 1962, 857 - WuW E LKartB 63 ("Fliesen"); LKartB Nordrhein-Westfalen vom 1. 8. 1965, WuW 1966, 377 = WuW/E LKartB 93 ("Nordrheinische Kraftfahrlehrer").
 - 2) BKartA vom 27. 11. 1964, WuW 1965, 253 - WuW E BKartA 873 ("Flüssiggas-Großvertriebe").
 - 3) BKartA vom 30. 11. 1967, WuW 1968, 215 = WuW/E BKartA 1165 ("Heifeindustrie").
 - 4) BKartA vom 29. 3. 1963, DB 1963, 583 - WuW 1963, 522 - WuW E BKartA 586 ("Bauindustrie I"); BKartA vom 14. 5. 1964, BB 1964, 659 - WuW 1964, 783 - WuW E BKartA 813 ("Bauindustrie II"); Tätigkeitsbericht des BKartA aus dem Jahre 1963, BT-Drucksache IV/2370 S. 53 r. Sp.

Das Kammergericht ¹⁾ meinte dagegen, eine Verpflichtung zur Selbstkostenermittlung ziele auf einen kostendeckenden Preis, greife in die allgemeine unternehmerische Tätigkeit unverhältnismäßig stark ein und sei geeignet, den Preiswettbewerb zu beschränken, ohne eindeutig unlauterem Wettbewerb entgegenzuwirken oder lauterem Wettbewerb zu fördern. Der Bundesgerichtshof ²⁾ stimmte dem Kammergericht darin zu; Zwang zur Selbstkostenermittlung intendiere die Bildung kostendeckender Preise schon deshalb, weil die Unternehmer vor Konflikten mit Wettbewerbsregeln bewahrt bleiben wollten. Weiter bestehe die Gefahr, daß die Beweislast umgekehrt werde, indem der Unternehmer genötigt werde, sich durch Aufstellung und gegebenenfalls Vorlage einer Selbstkostenermittlung von dem Vorwurf der Unlauterkeit zu entlasten. Schließlich dürfe für die Vorkalkulation nichts anderes gelten als für die Preisgestaltung selbst; wenn diese ohne Hinzutreten von die Sittenwidrigkeit begründenden Umständen nicht beanstandet werden könne, dann dürfe dies erst recht nicht für den Vorgang der Preisbildung und damit für die etwaige Unterlassung einer der Preisbildung vorausgehenden Selbstkostenermittlung angenommen werden.

Besonderes Gewicht bekommt diese Entscheidung noch durch den Hinweis des Bundesgerichtshofs, daß der Zwang zur Bildung kostendeckender Preise im Rahmen des § 28 Abs. 2 GWB selbst dann keine Berücksichtigung finden könne, wenn diese Vorschrift über ihren Wortlaut hinaus als Vorschrift sogenannten Leistungswettbewerbs zu verstehen sei. Festlegung auf kostendeckende Preise beschwöre die Gefahr herauf, daß die Selbstkosten leistungsschwacher Betriebe zur Richtschnur würden, daß die Bereitschaft, durch Rationalisierung, Energie der Betriebsführung und Einschränkung des Unternehmergewinns die Preise zu senken, nachlasse und daß dem Unternehmer die Freiheit genommen werde, Perioden, in denen der Auftragsbestand rückläufig sei, durch besonders günstige Angebote zu überbrücken. Dies wiederum sei geeignet, zu einer Erstarrung des Preisgefüges und damit zu einer Beschränkung des vom GWB gewollten Wettbewerbs zu führen ³⁾.

Den Verbänden bleibt die Möglichkeit, Anregungen zur Vorkalkulation und zur Selbstkostenermittlung in Wettbewerbsregeln aufzunehmen. Dies wird von ihnen wegen der Unverbindlichkeit jedoch als unbefriedigend angesehen ⁴⁾. Sie haben

1) KG vom 29. 6. 1965, BB 1965, 1051 = WuW 1966, 351 = WuW/E OLG 755 (756) ("Bauindustrie III").

2) BGH vom 15. 7. 1966, BB 1966, 1079 = NJW 1966, 2261 mit Anm. Köhler und Anm. Langen, NJW 1967, 829 = WuW 1966, 975 = WuW/E BGH 767.

3) BGH a. a. O., WuW/E BGH 767 (776).

4) Benisch, DB 1963, 953 r. Sp.

deshalb von dieser Befugnis bislang auch nur verhältnismäßig wenig Gebrauch gemacht ¹⁾,

3. Ergebnis

Weder nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb sowie seinen Nebengesetzen noch nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen besteht umfassender rechtlicher Schutz gegen Wettbewerb mit Verlustpreisstellungen. Großunternehmen haben die Möglichkeit, sich bei Artikeln, die im Preisbewußtsein der Kunden eine besondere Rolle spielen, unter den Selbstkosten zu unterbieten und dadurch andere Mitbewerber, vor allem (Fach-) Einzelhändler, die nicht durch Mischkalkulation ausweichen können, in Bedrängnis zu bringen. Dieser Rechtszustand wird von Kreisen der Wirtschaft als unbefriedigend angesehen und hat die Forderung nach verbessertem Schutz gegen Unterkostenverkäufe ausgelöst.

V. VORSCHLÄGE FÜR EINEN VERBESSERTEN SCHUTZ GEGEN UNTERKOSTENVERKÄUFE

Die Gesetzgebungsvorschläge für einen verbesserten Schutz gegen Unterkostenverkäufe, die nach dem Krieg bekannt geworden sind, lassen sich in drei Gruppen einteilen.

1. Erste Gruppe

Die Vorschläge der ersten Gruppe sind dadurch gekennzeichnet, daß die in ihnen enthaltenen Wendungen zu unbestimmt gefaßt sind.

1) BKartA vom 30. 12. 1960, DB 1961, 370 = WuW 1961, 141 = WuW/E BKartA 301 ("Ziehereien und Kaltwalzwerke"); BKartA vom 18. 3. 1963, WuW 1963, 643 = WuW/E BKartA 609 ("Kraftfahrzeughandel"); BKartA vom 29. 12. 1964, WuW 1965, 430 = WuW/E BKartA 902 ("Schälmmühlen"); BKartA vom 21. 7. 1966, DB 1966, 1387 = WuW 1967, 66 = WuW/E BKartA 1090 ("Büromaschinen"); BKartA vom 16. 4. 1968, BB 1968, 688 = WuW 1968, 711 3 WuW/E BKartA 1213 ("Baustoffhändler e. V. ").

So formulierte Greifelt ¹⁾ im Jahre 1949: "Wer zu Zwecken des Wettbewerbs in gemeinschädlicher Weise Güter oder Leistungen des täglichen Bedarfs zu Preisen anbietet oder veräußert, die einer ordnungsmäßigen Wirtschaft widersprechen und die Existenz oder Freiheit der Mitbewerber gefährden, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden".

Der Vorsitzende des Mittelstandsausschusses des Bundestages, Stücklen, brachte 1954 einen Antrag ein, der eine Ergänzung des § 1 UWG durch einen Abs. 2 vorsah ²⁾: "Gegen die guten Sitten verstößt auch jeder Wettbewerb, der mit Mitteln durchgeführt wird, die auf die Vernichtung oder Verdrängung von Wettbewerbern gerichtet sind und unter Berücksichtigung des volkswirtschaftlichen Gesamtinteresses eine mißbräuchliche Ausnutzung einer Monopolstellung oder der unternehmerischen Freiheit in der Wettbewerbswirtschaft darstellen".

Ein Vorschlag Ilaus ³⁾ aus demselben Jahre lautete: "Einen Anspruch auf Unterlassung und Schadensersatz gibt auch ein Verhalten, das unter Verstoß gegen die Regeln des Leistungswettbewerbs auf Vernichtung, Verdrängung oder Willensbeugung von Wettbewerbern gerichtet ist".

Während sich Greifelt später von seinem Vorschlag selbst distanzierte ⁴⁾, stießen die Vorschläge von Stücklen und Ilau schon wegen der zu allgemein gehaltenen Formulierungen auf Ablehnung ⁵⁾.

2. Zweite Gruppe

Anliegen der zweiten Gruppe ist es, Zweifel an der Unrechtmäßigkeit bestimmter Preisgestaltungen unter Selbstkosten auszuräumen.

Fikentscher ⁶⁾ schlägt in einem Rechtsgutachten über "Preisunterbietungen bei Milch und Butter" eine Ergänzung des § 2 UWG durch einen Abs. 2 mit dem In-

1) Der Wettbewerb, 1949 Nr. 2, S. 5.

2) Abgedruckt in BDI, Drucksache Nr. 77, S. 30; Int. Wettbewerb 1963, 7 r. Sp.; WuW 1955, 434.

3) Informationsdienst 1954, 199 (208).

4) WRP 1955, 1 (6 l. Sp.); Int. Wettbewerb 1963, 5 (7 r. Sp.).

5) Weitere Kritik bei: Benisch, WuW 1955, 421 (434); Benkendorff, Der Wettbewerb, Sondernummer vom 1. 9. 1956, 14 (16 r. Sp.); Reimann, WRP 1955, 179 (182 r. Sp.).

6) Rechtsgutachten, S. 68.

halt vor: "Sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG ist es, Marktordnungswaren des täglichen Bedarfs, die in einer vom Bundesminister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Wirtschaft festzusetzenden und diesem Gesetz beigefügten Liste enthalten sind, zum Zwecke der Werbung zu Preisen anzubieten, die niedriger liegen als der Preis, den der Anbieter selbst für diese Waren gezahlt hat, zuzüglich eines auf diese Waren gewährten Rabattes und einer für den Absatz dieser Waren zu zahlenden Umsatzsteuer".

Ein zur Änderung des UWG eingebrachter Entwurf ¹⁾ sieht neben einer Erweiterung der gegenwärtigen Fassung des § 3 UWG u. a. die Einfügung eines Abs. 2 Ziff. 3 vor, wonach auch auf Unterlassung in Anspruch genommen werden kann, wer mit Lockvogelangeboten wirbt. Dabei soll ein Lockvogelangebot dann gegeben sein, wenn jemand unter Hinweis auf seine Preiswürdigkeit in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, ein Angebot herausstellt, das nicht oder in einer im Verhältnis zu der zu erwartenden Nachfrage unzureichenden Menge vorhanden ist.

Diesen Vorschlägen wird wegen ihrer deklaratorischen Natur ²⁾ nicht weiter nachgegangen ³⁾.

3. Dritte Gruppe

Die dritte Gruppe strebt mit gesetzestechnisch brauchbarer Formulierung erweiterten materiellen Schutz gegen Unterkostenverkäufe an.

Merkel ⁴⁾ geht in einer 1962 erschienenen Schrift vom Marktzustand vollständiger Konkurrenz aus und fordert ein Gesetz, das solche Preisstellungen für unzulässig erklärt, die nach dem Urteil eines umsichtigen Kaufmanns nicht den höchstmöglichen Nutzen bringen. Als höchstmöglicher Nutzen soll dabei eine Preisstellung gelten, die die Selbstkosten des Anbieters deckt. Unterschreitet ein Preis die Selbstkosten, so wird - von bestimmten Ausnahmen abgesehen - vermutet, daß er

-
- 1) BT-Drucksache V/2324 (neu); abgedruckt in WRP 1968, 272.
 - 2) Zur Rechtslage oben S. 12 f.
 - 3) Kritik bei: Bartholatus, GRUR 1964 635; Borck, WRP 1968, 305 (307 f., Sp.); Müller-Scholz, WRP 1968 241 (243) Vereinigung GRUR, GRUR 1968, 355 (356 f., Sp.); Mitteilung in WRP 1968, 43 (45).
 - 4) S. 107 f. Die Vorschrift des § 20 Abs. 2 Ziff. 2 des Böhm-Entwurfs (BT-Drucksache II/1269) hat in den §§ 22 Abs. 3, 25 Abs. 2 Ziff. 3, 26 Abs. 2 GWB Niederschlag gefunden und wird deshalb nicht gebracht.

dem Anbieter nicht den höchstmöglichen Nutzen bringt.

Der Abgeordnete Wienerer regte in einem nicht veröffentlichten Ergänzungsvorschlag zu der in Diskussion stehenden UWG-Novelle die Einbeziehung eines § 4 a in das UWG an mit dem Inhalt: "(1) Wer in seinem Geschäftsbetrieb zu Zwecken des Wettbewerbs Waren zu einem Preis veräußert, der unter den Selbstkosten liegt, wird mit Geldstrafe bis zu 5000, - DM oder mit Gefängnis bestraft. (2) Abs. 1 gilt nicht; a) für Verkäufe im Rahmen der §§ 7, 7a, 9, 9a des Gesetzes; b) für Verkäufe von Waren unter Selbstkosten während eines begrenzten Zeitraumes, wenn damit für den Verkäufer andere wirtschaftliche Nachteile und Verluste abgewendet werden sollen. Die durch den Verkauf unter Selbstkosten entstehenden Verluste müssen dabei in einem angemessenen Verhältnis zu den sonst drohenden wirtschaftlichen Verlusten oder Nachteilen stehen".

Andere Autoren ¹⁾ setzen sich in Anlehnung an das französische Finanzgesetz aus dem Jahre 1963 ²⁾ für ein Verbot von Angeboten zu niedrigeren Preisen als den Einstandskosten zuzüglich Steuer ein.

Der Referentenentwurf zur zweiten Kartellnovelle ³⁾ sieht mit Rücksicht auf die enge Auslegung des § 28 Abs. 2 GWB durch Bundeskartellamt und Rechtsprechung eine Klarstellung dieser Vorschrift dahingehend vor, daß Wettbewerbsregeln künftig auch dem Schutz eines leistungsgerechten Wettbewerbs dienen und zu diesem Zweck in den Bereich des Kartellverbots vordringen dürfen. Von dieser Neufassung versprechen sich Wirtschaftskreise zum Teil auch eine bessere Handhabung gegen Unterkostenverkäufe. So stellt Illerhaus ⁴⁾ im Rahmen der Fragen zur Sicherung des Leistungswettbewerbs "Verkauf unter Einstandspreis plus Umsatzsteuer als einen für Wettbewerbsregeln geeigneten Tatbestand" zur Diskussion. Detmer ⁵⁾ hält es bei einer Erweiterung des § 28 Abs. 2 GWB für möglich, gegen Unterkostenverkäufe Wettbewerbsregeln mit umgekehrter Beweislast im Sinne von Spengler ⁶⁾ aufzustellen mit dem Beispiel: "Nach Durchführung einer Reihenuntersuchung bei verschiedenen Spitzenbetrieben durch einen neutralen Wirtschaftsprüfer wird im Wege freiwilliger Abmachung unter Branchenangehörigen festgelegt, daß denjenigen Betrieb, welcher den ermittelten Selbstkosten-

1) z. B. Markenverband, MA 1968, 337 (339 r. Sp.).

2) Nr. 63-628 vom 2. 7. 1963, Journal Officiel 1963, 5915. Abgedruckt bei Ulmer-Krasser, Unlauterer Wettbewerb, Band IV, Frankreich, S. 496 ff. (französisch); in WuW 1964, 221 ff. (deutsch).

3) Abgedruckt in WRP 1968, 218 (220 l. Sp.).

4) Zitiert in BDI, Drucksache Nr. 77, S. 13.

5) WRP 1966, 117 (120 r. Sp.).

6) Oben S. 20.

preis des Bestbetriebes unterbietet, die Beweislast dafür trifft, daß er in seinen Selbstkosten noch günstiger als der bisherige Bestbetrieb liegt".

VI. ZUSAMMENFASSUNG

Verkäufe unter Selbstkosten, d. h. Veräußerungen unter den Gesamtkosten pro Leistungseinheit, sind nach gegenwärtigem deutschen Recht grundsätzlich gestattet, Einschränkungen ergeben sich, wie für Preisunterbietungen im allgemeinen, aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, der Zugabeverordnung, dem Rabattgesetz und dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Die Verordnung über den Wettbewerb, die vor Mißbrauch der Preisgestaltungsfreiheit schützen sollte, hat wegen ihrer engen Voraussetzungen keine praktische Bedeutung erlangt. Errichtung von Wettbewerbsregeln wird nur für den Bereich zugelassen, der vom UWG und der dazu ergangenen Rechtsprechung bestimmt wird. Danach ist es rechtlich nicht zu beanstanden, wenn Mitbewerber, vor allem Großbetriebe, bei Waren, die im Preisbewußtsein der Käufer eine besondere Rolle spielen, sich unterbieten und kleinere Händler, die nicht durch Mischkalkulation ausweichen können, in Bedrängnis bringen. Dieser Zustand wird in Kreisen der Wirtschaft als unbefriedigend erachtet und hat die Forderung nach erweitertem Schutz gegen Unterkostenverkäufe ausgelöst. Mehrere Vorschläge sehen die Selbstkostengrenze oder die Einstandskosten zuzüglich Steuer als geeignetes Kriterium zur Trennung der zulässigen von der unzulässigen Preisunterbietung an.

Bevor auf die Frage der Brauchbarkeit dieser Vorschläge eingegangen wird, sollen dem deutschen Recht die Erfahrungen eines Einzelstaates der USA mit Gesetzgebung gegen Unterkostenverkäufe, nämlich Kaliforniens, gegenübergestellt werden.

2. KAPITEL

Die Rechtslage bei Unterkostenverkäufen in Kalifornien

Im Gegensatz zum deutschen Recht ergeben sich nach kalifornischem Recht Einschränkungen gegen Preisgestaltungen unter Selbstkosten aus einem einheitlichen Gesetz. Sie sind zusammen mit Schranken gegen Diskriminierung und Geheimrabatte im California Unfair Practices Act (CUPA) ¹⁾ niedergelegt. Er ist der Angelpunkt im kalifornischen Wettbewerbsrecht. Sein Verständnis wird erleichtert, wenn man sich zunächst allgemein die Entstehungsgeschichte der amerikanischen einzelstaatlichen sales below cost-Gesetzgebung vor Augen führt.

I. HISTORISCHER HINTERGRUND DER SALES BELOW COST-GESETZGEBUNG IN DEN USA

In der Gesetzesgeschichte gegen Unterkostenverkäufe auf einzelstaatlicher Ebene in den USA lassen sich zwei Wellenbewegungen feststellen ²⁾. Die erste setzte um die Jahrhundertwende ein. Ihr Ziel waren Erhaltung und Schutz des Wettbewerbs vor monopolistischen Tendenzen. Das erste einzelstaatliche Gesetz entstand 1902 in South Carolina ³⁾. Es untersagte Unterkostenverkäufe, die vorgenommen wurden "with the intent or purpose of driving out competition, or for the purpose of financially injuring competitors". Mississippi ⁴⁾ folgte im Jahre 1906 mit Bestimmungen gegen "sales below normal cost of production for monopoly purposes". Tennessee ⁵⁾ verbot 1907 "sales below cost for the purpose of destroying honest competition". In Idaho kam es 1911, in Kalifornien 1913 zu entsprechenden Gesetzen ⁶⁾. Kennzeichnend für alle diese frühen Gesetze ist es, daß im Vordergrund der Antitrustgedanke steht. Der Gesichtspunkt des individuellen Schadensersatzes oder der Schadensvorbeugung wird nur am Rande erwähnt. Kostendifinitionen fehlen ganz.

Die zweite Welle einzelstaatlicher sales below cost-Gesetzgebung setzte mit dem Ende des National Industrial Recovery Act (NIRA) um 1935 ein. Zum Erlaß

1) Anlage 2 = S. 88.

2) Kröger, S. 49; Oppenheim S. 444.

3) South Carolina Laws 1902, Act No. 574, p. 1057.

4) Code 1906, ch. 145.

5) Tennessee Laws 1907, ch. 36, amended by ch. 360.

6) Callmann, § 27. 1.

dieses Gesetzes führte die "Große Depression" mit 13 Millionen Arbeitslosen. Es wurden Vorschläge erörtert, wie der Staat hier eingreifen könne. Die unzufriedenen und verzweifelten Unternehmer lenkten ihre Aufmerksamkeit auf die Antitrustgesetze des Bundes. Die Grenzen der Zusammenarbeit von Wettbewerbern, die mit dem Verbot von Preis- und Produktionsregelungen unverrückbar festzuliegen schienen, wurden als Hauptgrund fluktuierender Preise und dauernder Überproduktion angesehen. Während sich in den wirtschaftlich günstigen Jahren nach dem ersten Weltkrieg die lose Zusammenarbeit in trade associations als ausreichend erwiesen hatte, forderte man jetzt die Abänderung der Antitrustgesetze, um eine wirksame "Selbstverwaltung der Industrie" zu ermöglichen. Diesen Überlegungen trug der am 16. Juni 1933 von Roosevelt unterzeichnete NIRA Rechnung. Um die Einführung der Zusammenarbeit zwischen den verschiedenen Wirtschaftskreisen im Interesse der allgemeinen Wohlfahrt zu ermöglichen, suspendierte er die Antitrustgesetze, gestattete die Erstellung von "codes of fair competition" für die einzelnen Märkte und erklärte ihre Verletzung als Methode unlauteren Wettbewerbs im Sinne des Federal Trade Commission Act (FTCA) ¹⁾. Ausgestaltung und Durchsetzung der codes lagen dabei entsprechend der Grundidee des NIRA weitgehend in den Händen der trade associations. Sie waren - wie es in einer Veröffentlichung der National Industrial Recovery Administration hieß - "fast ein Teil der Regierung und sie können weit mehr vereinbaren - und sie tun es -, als es ihnen jemals zuvor erlaubt war" ²⁾. Im Vordergrund der von den trade associations herausgegebenen codes standen Regeln gegen Verlustpreisverkäufe. Drei Erscheinungsformen wurden dabei als Prototyp unlauteren Wettbewerbs betrachtet: Die Werbung mit Lockartikeln (loss leaders) und Sonderangeboten (specials), eine Methode, die besonders von Warenhäusern angewandt wurde; weiter Verlustpreisstellungen unsolider Existenzen auf Kosten der Kreditoren, häufig von neu eröffneten Geschäften praktiziert; schließlich die örtliche Preisunterbietung (local price cutting) und Preisdifferenzierung (price discrimination) ³⁾. Zulässige Verlustgrenze war zumeist der Einstands- oder Wiederbeschaffungspreis zuzüglich eines Bruttogewinnzuschlags von etwa 6 bis 10 %. Die Inhaber der Drugstores forderten sogar einen Mindestzuschlag von 33 %, nämlich 28 % zur Kostendeckung und 5 % als Nettogewinn, womit sie jedoch nicht durchdrangen ⁴⁾. Es gab in den codes aber auch Verlustbegrenzungsklauseln (loss limitation clauses), in denen auf die individuellen Selbstkosten abgestellt wurde ⁵⁾. Ausnahmen vom Verbot der Verlustpreis-

1) Oehler, S. 22.

2) Zitat bei Mestmäcker, Verbandsstatistiken, S. 21.

3) Wolff, MuW 1935, 125 I. Sp.

4) Martino, MA 1965, 285 (290 I. Sp.).

5) Merkel, S. 27.

stellung wurden meist zugelassen bei Saisonverkäufen, bei verderblichen Waren und in Liquidationsfällen. Zuweilen wurden auch Exportgeschäfte ausgenommen. Einige codes enthielten darüber hinaus Klauseln, nach denen Preisunterbietungen mit Kostenunterschreitungen zugelassen wurden, um dem Wettbewerb eines Anbieters zu begegnen, der seinerseits nicht unter Kosten verkaufte und damit nicht gegen die codes verstieß. Später propagierte die Regierung die sogenannte Emergency-Klausel. Man verzichtete für normale wirtschaftliche Verhältnisse auf die Selbstkostengrenze. In Notzeiten und bei Absinken der Preise auf einen ruinösen Tiefstand sollte jedoch ein standardisierter Selbstkostenpreis als unterste erlaubte Preisgrenze gelten ¹⁾. Das ganze System mußte aufgegeben werden, als der Supreme Court ²⁾ den NIRA mit der Begründung für verfassungswidrig erklärte, es sei in ihm in unzulässiger Weise gesetzgebende Gewalt auf die Code Authorities übertragen worden. Nunmehr machten sich die Einzelstaaten daran, Verlustpreisstellungen durch Spezialgesetze beizukommen.

Als erster Staat erließ Kalifornien ein ins einzelne gehendes Gesetz über das Verbot von Unterkostenverkäufen ³⁾. Hier wurde auch zum ersten Male definiert, was unter Kosten zu verstehen sei ⁴⁾. Inzwischen haben 30 Staaten eine Spezialgesetzgebung gegen sales below cost geschaffen, die auf alle oder die meisten Wirtschaftszweige Anwendung findet ⁵⁾. Mit Callmann ⁶⁾ kann man die sales below cost-Gesetzgebung der Einzelstaaten in vier Gruppen einteilen, die ihr Charakteristikum jeweils durch Absicht und Wirkung der Unterkostenverkäufe erhalten: Die erste Gruppe verbietet Verlustpreisverkäufe, die in der Absicht vorgenommen werden, Mitbewerber zu schädigen oder den Wettbewerb zu zerstören; die zweite untersagt solche Verlustpreisstellungen, die mit der Absicht oder der Wirkung verbunden sind, Mitbewerber zu schädigen oder den Wettbewerb zu zerstören; in der dritten genügt allein die Wirkung, die die Preisgestaltung unter Selbstkosten unlauter macht; in der vierten sind Preisunterbietungen mit Kostenunterschreitung ohne Rücksicht auf Absicht und Wirkung untersagt. Kalifornien gehört zur ersten der genannten Gruppen, § 17043 B. & P. C. ⁷⁾, maßgebende Vorschrift des CUPA, erklärt es für rechtswidrig, daß eine innerhalb Kaliforniens im Geschäftsleben tätige Person Waren unter Kosten verkauft oder

1) Merkel, S. 26.

2) *Schlechter Poultry Corporation v. United States*, 295 US. 495 (1935).

3) Callmann, § 27. 1.

4) Fikentscher, Rechtsgutachten, S. 61.

5) Anlage 1 = S. 85.

6) § 27. 2 (a); vgl. auch Übersicht bei Oppenheim, S. 446 I. Sp.; Pinner, S. 475 r. Sp.

7) Anlage 2 = S. 88.

abgibt und dabei in der Absicht handelt, Mitbewerber zu schädigen oder Wettbewerb zu zerstören.

Bei der Behandlung des CUPA soll in folgender Reihenfolge vorgegangen werden: Zunächst soll auf den Geltungsbereich des Gesetzes eingegangen werden; das ist erforderlich, damit es in seiner Bedeutung weder über- noch unterbewertet wird. Darauf folgt eine schwerpunktmäßige Darstellung des Inhalts unter Zuhilfenahme praktischer Fälle. Da die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes immer wieder in Zweifel gezogen worden ist, muß auch auf diese Frage eingegangen werden. Weiter sollen die Vorschriften aufgezeigt werden, die der kalifornische Gesetzgeber gegen Diskriminierung und Geheimrabatte erlassen hat, weil diese Praktiken häufig mit Preisgestaltungen unter Selbstkosten zusammentreffen. Schließlich interessieren Ausnahmen und Sonderregelungen der kalifornischen Gesetzgebung.

II. ANWENDUNGSBEREICH DES CUPA

Für die Frage des Anwendungsbereichs des CUPA ist es zweckmäßig, zwischen dem persönlichen und dem sachlichen Anwendungsbereich zu unterscheiden ¹⁾.

1. Persönlicher Anwendungsbereich

Nach § 17043 B. & P. C. findet der CUPA auf "any person engaged in business" Anwendung. Was der kalifornische Gesetzgeber unter einer solchen Geschäftsperson versteht, ist in den §§ 17020, 17021 B. & P. C. näher definiert. Der Begriff schließt in sich: Personen (person), Unternehmen (firm), Verbände (association), Organisationen (organization), Teilhaberschaften (partnership), Konzerne (business trust), Gesellschaften (company) und Körperschaften des öffentlichen Rechts (municipal or other public corporation). An dieser Aufzählung wird deutlich: Der CUPA gilt für jede Art von Handelsstufe, nämlich für Hersteller (manufacturer), Großhändler (wholesaler) und Einzelhandler (retailer). Diesem weiten persönlichen

1) Was den räumlichen Anwendungsbereich der einzelstaatlichen sales below cost-Gesetzgebung in den USA betrifft, so liegt die Bedeutung gegenüber den bundesrechtlichen Möglichkeiten eines Vorgehens gegen Verlustpreisstellungen auf den Gebieten des Handels mit Waren und Leistungen des täglichen Bedarfs.

Anwendungsbereich haben sich nur verhältnismäßig wenige Staaten angeschlossen. Die Mehrzahl der einzelstaatlichen sales below cost-Gesetze begnügt sich mit einer Anwendung auf Großhändler und Einzelhändler ¹⁾. Darin kommt zum Ausdruck, daß die Ansichten der einzelstaatlichen Gesetzgeber über Notwendigkeit und Ausnahmen von Maßnahmen gegen Unterkostenverkäufe auseinandergehen. Während Verlustpreisstellungen auf der Großhandels- und Einzelhandelsstufe allgemein als gefährlich angesehen werden, erscheinen sie auf der Herstellerstufe nur einer verhältnismäßig kleinen Gruppe von Staaten regelungsbedürftig.

Obwohl der persönliche Anwendungsbereich des CUPA durch die Aufzählung in § 17021 B. & P. C. scharf umrissen ist, entstand Streit, ob Unterkostenverkäufe an und durch den Staat betroffen werden.

Die Mehrzahl der Einzelstaaten nimmt Verkäufe an den Staat oder seine Institutionen in der einen oder anderen Weise vom Verbotstatbestand aus mit der Begründung, daß Staat und Geschäftsmann nicht auf dieselbe Stufe zu stellen seien ²⁾. In Kalifornien und neun anderen Staaten ³⁾, wo eine Regelung über Verkäufe an den Staat fehlt, ist man in dieser Frage geteilter Auffassung. Einige Gerichte vertreten die Meinung, der Staat wolle sich durch Vorschriften allgemeiner Art nicht binden; er werde nicht dort seine Rechte beschneiden, seine Interessen beeinträchtigen, sich Bindungen auferlegen, wo er es nicht besonders zum Ausdruck bringe. Andere Gerichte sind der Ansicht, aus dem Schweigen des Gesetzes sei zu folgern, daß für den Staat keine Ausnahme gelten solle; auch greife der Zweck des sales below cost-Verbots bei Verkauf an den Staat in gleicher Weise wie bei einem gewöhnlichen Verkauf ein ⁴⁾. Die zweite Ansicht scheint sich in Kalifornien durchzusetzen. Untere Gerichte entschieden, daß die Regierung der Vereinigten Staaten und ihre Behörden ⁵⁾ sowie die Stadt-

1) Anlage 1 = S. 85.

2) CCH Trade Reg. Rep. Vol. 2, § 6677.

3) Arkansas, Colorado, Hawaii, Kentucky, Minnesota, Montana, Oregon, Utah, Wyoming; CCH Trade Reg. Rep. Vol. 2, § 6677.

4) "If sales below cost when made to individuals for the purpose of injuring competitors and destroying competition are unlawful, than such sales to the state for the same purpose are likewise unlawful - absent any express exception in favor of those selling to the state". *Helena Automobile Dealers Ass'n v. Anderson*, 110 Mont. 1 (4), 98 P. 2d 371 (372). 1940-1943 Trade Cases 56, 002 (20) (1940).

5) *Metropolitan District Material Dealers Ass'n v. Eastside Building Materials Co., Inc.* (Cal. Super. Ct. 1940), quoted in CCH Trade Reg. Rep. Vol. 2, § 6677, 05.

verwaltungen ¹⁾ dem California Unfair Practices Act unterworfen seien. Das kalifornische Justizministerium ist gleicher Ansicht. Es erklärte, daß ein Geschäftsmann, der an den Staat, einen Verwaltungsbezirk oder die amerikanische Bundesregierung verkaufe, nicht von der Einhaltung des California Unfair Practices Act befreit sei ²⁾.

Offen ist die Frage, ob Unterkostenverkäufe durch den Staat erfaßt werden. Während sie in Deutschland allgemein bejaht wird ³⁾, finden sich in Kalifornien weder in der Rechtsprechung noch im Schrifttum Stellungnahmen. Sollte das Problem einmal zu entscheiden sein, wird vermutlich wiederum der Zweck des Gesetzes den Ausschlag geben und die Antwort so wie für Verkäufe an den Staat ausfallen.

2. Sachlicher Anwendungsbereich

Zahlreiche Einzelstaaten beschränken den sachlichen Anwendungsbereich ihrer sales below cost-Gesetzgebung auf "commodities" ⁴⁾, d. h. auf greifbare, bewegliche Gegenstände. Der CUPA erstreckt sich gemäß § 17043 B. & P. C. auf "any article or product". Was darunter zu verstehen ist, erläutert § 17024 Abs. 1 B. & P. C. Gemeint sind alle Artikel (article), Erzeugnisse (product), Waren (commodity), Wertgegenstände (thing of value) und Dienstleistungen (service or output of a service trade).

Dieser differenzierte sachliche Anwendungsbereich einzelstaatlicher sales below cost-Gesetzgebung führt in der Praxis zu unterschiedlichen Ergebnissen. Der Justizminister des Staates Nebraska, dessen Unfair Practices Act sich auf "commodities" beschränkt, konnte zutreffend herausstellen, daß das Gesetz auf das Friseurgewerbe keine Anwendung finde ⁵⁾. In Kalifornien und den Staaten, die ihre

-
- 1) Institute of Automobile Dealers, Inc. v. W. D. Dunham & Co. (Cal. Super Ct. 1940), quoted in CCH Trade Reg. Rep. Vol. 2, § 6677, 05.
 - 2) "That is to say, the fact that a seller is selling to the state, a county or to the Federal government is immaterial and will not absolve him from compliance with said act". Ops. Cal. Att'y Gen. NS-4217, 4 December 27, 1938).
 - 3) BGH vom 27. 2. 1962, WuW 1962, 688 = WuW/E BGH 494.
 - 4) Callmann, Vol. 1, § 27, 2 (b).
 - 5) "The Unfair Sales Act applies to the sale of tangible personal property, and not to services rendered by any trade, business or profession, such as barbering". Ops. Neb. Att'y Gen. (September 26, 1941), quoted in CCH Trade Reg. Rep. Vol. 2, § 6641, 29.

Gesetzgebung auch auf Dienstleistungen erstrecken, fällt das Friseurgewerbe dagegen unter die Verbotstatbestände ¹⁾. Anderer Ansicht scheint lediglich der Justizminister von Oregon zu sein, der die Anwendung des Unfair Sales Act auf das Friseurgewerbe mit der recht zweifelhaften Begründung ablehnt, Friseure seien nicht geschäftlich tätig ²⁾.

Der unterschiedliche Anwendungsbereich macht sich auch im Restaurationsgewerbe bemerkbar. Ein serviertes Essen ist zwar ein greifbarer, beweglicher Gegenstand, so daß man bei ihm insoweit von "commodity" sprechen kann. Zu beachten ist jedoch, daß den in Zusammenhang mit der Zubereitung des Essens geleisteten Diensten entscheidendes Gewicht zufällt. Das betont der Justizminister von Minnesota, nach dessen Ansicht im Restaurant servierte Essen nicht "commodities" sind ³⁾. Anders wiederum ist die Lage in Kalifornien.

Wie die Leistungen der Friseure und Restaurationsbetriebe sind die der Druckereien und chemischen Reinigungsbetriebe zu beurteilen. Während Preisgestaltungen unter Selbstkosten in diesen Bereichen z. B. in Idaho uneingeschränkt erlaubt sind ⁴⁾, unterliegen sie in Kalifornien den Schranken des Unfair Practices Act ⁵⁾.

Der weite sachliche Geltungsbereich des CUPA entspricht dem ausgedehnten per-

- 1) "The purchase and sale of a haircut from a proprietor barber... clearly amounts to a "service or output of a service trade"". *Garner v. Journeyman Barbers' etc. Union*, 223 C. A. 2d 101(107), 35 Cal. Rptr. 693 (697).
- 2) "It is my opinion that barbers are not engaged in commerce... and that the provisions of said chapter 215 do not apply to them". 1940-1942 Ops. Ore. Att'y Gen. 60 (61).
- 3) "The serving of meals by the operators of public eating places at less than the cost to the vendor does not violate the Minnesota Unfair Trade Practices Act. The Act does not prohibit the sale below cost of prepared food, which cost includes not merely the cost of materials used, but the cost of services rendered as well". Ops. Minn. Att'y Gen. (December 2, 1947), 1948-1949 Trade Cases § 62, 213 (62, 229).
- 4) "Chapter 209 of the 1939 Session Laws. p. 427. designated as the Unfair Sales Act... has no application to the business of cleaning and dyeing, but is intended to cover businesses where merchandise is sold at wholesale and retail". Ops. Ida. Att'y Gen. (March 26, 1940), 1940-1943 Trade Cases § 56, 036 (146).
- 5) "The printing of circulars and newspapers for others was within the application of the Unfair Practices Act". *Newspaper and Circular Printing Ass'n v. Acme Colorprint Co.* (Cal. Super. Ct. 1940), quoted in CCH Trade Reg. Rep. Vol. 2, § 6643, 05.

sönlichen Anwendungsbereich. Dieser insgesamt weitgespannte Rahmen bringt gegenüber enggespannter sales below cost-Gesetzgebung zwei Vorteile mit sich: Einmal werden Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zwischen Ware und Leistung vermieden (Restaurationsbetrieb). Zum anderen entspricht es dem Gefühl der Billigkeit, daß alle im Geschäftsleben tätigen Personen gleichgestellt werden. Wenn man schon ein Gesetz gegen Preisgestaltungen unter Selbstkosten erläßt, ist schwer einzusehen, weshalb Preisunterbietungen mit Kostenunterschreitungen bei Kraftfahrzeugen, Oberhemden, Schreibwaren gefährlicher einzustufen sind als Verlustpreisstellungen bei Haarschnitten, Druckereierzeugnissen, chemischer Reinigung.

Vom sachlichen Anwendungsbereich des CUPA sind ausgenommen: Lieferungen öffentlicher Versorgungsbetriebe, ferner zur Vorführung in Lichtspielhäusern zugelassene Filme (§ 17024 Abs. 2 B. & P. C.). Der Grund hierfür ist darin zu sehen, daß Lieferungen öffentlicher Versorgungsbetriebe und kulturelle Veranstaltungen für die Allgemeinheit von besonderer Wichtigkeit sein können. Der Zugang zu diesen Leistungen soll nicht an Preisgrenzen scheitern.

III. INHALT DES VERBOTS VON UNTERKOSTENVERKÄUFEN

Um den Inhalt des kalifornischen Verbots von Verkäufen unter Selbstkosten zu verstehen, bedürfen die Begriffe "sale at less than cost", "give away", "purpose of injuring competitors or destroying competition" und "loss leader" der näheren Prüfung.

1. "Sale at less than cost"

Der Begriff "sale" bereitet keine Schwierigkeiten. Aus der Vorschrift des § 17022 B. & P. C. ist zu ersehen, daß darunter neben dem tatsächlichen Verkauf auch Werbung und Angebot fallen. Der Zweck dieser Ausweitung geht wohl dahin, Unterkostenverkäufe im Vorstadium abzufangen und den Mitbewerbern die Verteidigung zu erleichtern. Schwierigkeiten tauchen dagegen bei der Ermittlung der Selbstkosten auf.

- a) Die Selbstkostenrechnung gehört zu den "most troublesome problems" im amerikanischen Wettbewerbsrecht ¹⁾. In Kalifornien traten die Schwierigkeiten besonders im Fall Johnson v. Farmer ²⁾ zutage:

A ist "photoengraver" (Klischeehersteller). Er hat seinen Hauptbetrieb in X, wo er "cuts" (Stiche) verkauft. Er richtet eine Zweigstelle in Y ein und verkauft dort "plates" (Platten), die in seinem Hauptbetrieb vorgearbeitet werden. Um sich in Y einen guten Start zu verschaffen, stellt A bei den dortigen Kunden die im Hauptbetrieb erwachsenden Unkosten bei der Preisbildung nicht in Ansatz. Konkurrent B in Y klagt gegen A wegen "sales below cost" auf Unterlassung.

Um die Berechnung der Selbstkosten und ihre Probleme zu verstehen, ist ein Blick in die Betriebswirtschaftslehre erforderlich. Die auftauchenden Fragen sollen dabei der größeren Klarheit wegen in drei aufeinanderfolgenden Stufen behandelt werden, die für jede Selbstkostenrechnung in der Praxis kennzeichnend sind: aa) Entscheidung für einen bestimmten Kostenbegriff; bb) Ermittlung der Gesamtkosten für eine Rechnungsperiode; cc) Zurechnung der Gesamtkosten auf die einzelnen Produkte (Stückkosten).

- aa) Die Entscheidung für einen bestimmten Kostenbegriff ist wichtig, um zu wissen, welche Elemente bei der Aufstellung der Gleichung

$$\frac{\text{Dem Gut 1 zuzurechnende Kosten der Periode } t}{\text{Zahl der in } t \text{ erzeugten Einheiten des Gutes 1}} = \text{Selbstkosten des Gutes in der Periode } t$$

überhaupt zu den Kosten zu rechnen sind. In der Betriebswirtschaftslehre ist nämlich u. a. umstritten, ob kalkulatorische Zinsen auf das Eigenkapital, Zinsen für das Fremdkapital, Zinsen überhaupt, kalkulatorische Abschreibungen (sofern sie über die Abschreibungen der Finanzbuchhaltung hinausgehen), der kalkulatorische Unternehmerlohn sowie Steuern zu den Kosten zählen oder nicht ³⁾. Der kalifornische Gesetzgeber legt nun in § 17029 B. & P. C. den Begriff der (Gemein-) Kosten dahin fest, daß Löhne (einschließlich der Vergütung für Vorstandsmitglieder), Zinsen für Fremdkapital, Abschreibung, Vertriebskosten, Kreditverluste,

1) Ferrier, 30 Cal. L. Rev. 221.

2) 41 C. A. 2d 874, 107 P. 2d 959 (1940).

3) Vergl. für das deutsche Recht: Heinen, S. 64; Schneider, Rechnungswesen, S. 33 ff.

Lizenzgebühren, Versicherungsprämien, Werbungskosten, nicht aber kalkulatorische Zinsen auf das Eigenkapital zu berücksichtigen sind,

- bb) Die zweite Stufe bereitet im Ansatzpunkt keine Schwierigkeiten: Die für eine bestimmte Periode zu berechnenden Gesamtkosten ergeben sich aus der Summe der Werte der in dieser Periode verbrauchten Kostenarten, nämlich Lohn, Material, Steuern usw. Den Geldbetrag der einzelnen Kostenart (i) faßt man dabei zweckmäßigerweise als Produkt aus einer Mengenkomponeute (x_i) und einer Wertkomponente (q_i) auf. Für die Stundenkosten der Periode t erhält man dann die Gleichung $L(t) = x_i \cdot q_i$.

Dabei fällt die Mengenkomponeute x_i in den technischen Bereich des Wiegens und Messens und läßt sich bei hinreichend ausgebauter Kostenstatistik ermitteln ¹⁾. Ex ante können sich Berechnungsschwierigkeiten bei Investitionsrechnungen ergeben ²⁾. Ex post ist aber auch hier exakte Berechnung möglich ³⁾.

Die Wertkomponente stellt dagegen einen erheblichen Unsicherheitsfaktor dar. Das ist darin begründet, daß der Zweck einer Kostenrechnung weitgehend der subjektiven Entscheidung eines Unternehmers unterliegt. Das gilt für die "originären Kostenarten", bei denen die zu bewertenden Gütermengen ohne betriebliche Umformung in den betrieblichen Leistungsprozeß eingehen. Hier bezahlt der Unternehmer zwar einen bestimmten Anschaffungspreis. Dieser objektiv nachprüfbarer Beweis braucht aber keineswegs mit der in der Kostenrechnung verwendeten Wertkomponente identisch zu sein; der Unternehmer kann in der Kostenrechnung statt auf den Anschaffungspreis auf den Tagespreis am Verbrauchstag, den Tagespreis am Umsatztag, den effektiven Wiederbeschaffungspreis, den tatsächlichen Nutzwert abstellen. Die Möglichkeit subjektiver Bewertung trifft aber auch und erst recht auf die "derivativen Kostenarten" zu, bei denen die innerbetrieblichen Leistungen und Zwischenprodukte zum Zweck der Gesamtkostenermittlung zu berechnen sind. Im innerbetrieblichen Rechnungswesen gilt deshalb der allgemeine Satz: "Jede Bewertung richtet sich nach dem mit der Rechnung verfolgten Zweck" ⁴⁾. Bei den "originären Kostenarten" ist

-
- 1) Näheres zur Mengenkomponeute: Kosiol, S. 30.
 - 2) Schätzung der Nutzungsdauer von Anlagegütern, Wahl der Abschreibungs- methode, Schätzung des Restverkaufserlöses der Anlage.
 - 3) Für die laufende Unternehmenspolitik kommt die ex post-Berechnung freilich zu spät.
 - 4) Schneider, Rechnungswesen, S. 35.

der kalifornische Gesetzgeber nun ersichtlich bemüht, subjektive Bewertungsmaßstäbe weitgehend auszuschalten. So stellt er auf den Anschaffungs- bzw. Wiederbeschaffungspreis ab, je nachdem welcher niedriger ist (§ 17026 Abs. 2 Halbs. 1 B. & P. C.). Hinsichtlich der Wiederbeschaffungskosten bestimmt er, daß die Beschaffung aus Konkursverkäufen, Ausverkäufen oder sonstigen Verkäufen außerhalb der gewöhnlichen Absatzwege nicht zur Rechtfertigung eines niedrigeren Preises herangezogen werden darf (§ 17027 B. & P. C.). Für die "derivativen Kostenarten" hat er indessen keine objektiven Bewertungsmaßstäbe gesetzt und konnte dies wohl auch nicht tun ¹⁾. Zumindest in diesem Bereich kann der kalifornische Unternehmer deshalb subjektive Bewertungsmaßstäbe anlegen; er kann die Kosten für die innerbetrieblichen Leistungen und Zwischenprodukte mit den natürlichen Preisen in Übereinstimmung bringen, er kann sie aber auch davon abweichend festlegen. An der Wertkomponente erhellt somit zum ersten Male die für den Wirtschaftswissenschaftler selbstverständliche These, daß eine objektive Berechnung der Kosten nicht möglich ist.

- cc) Die eigentlichen Probleme beginnen jedoch erst auf der dritten Stufe. Eine Schwierigkeit taucht hier unter dem Gesichtspunkt der Zurechnungsmöglichkeit von Kosten auf die Kostenträger auf. Während sich einige Kosten, z. B. Fertigungsmaterialkosten, mit größter Genauigkeit umlegen lassen ²⁾, gibt es andere Einzelkosten, bei denen dies deshalb nicht zutrifft, weil sie für mehrere oder alle Zurechnungseinheiten entstanden sind. Das zeigt sich deutlich am Beispiel eines Nachtwächters in einem Mehrproduktunternehmen. Für die Umlegung seines Gehalts (und der Steuern für den Wachhund) auf eine bewachte Leistungseinheit gibt es keinen logisch begründbaren Verteilungsschlüssel. Es handelt sich um Gemeinkosten, die wie auch Abschreibungen rational nicht exakt aufgeteilt werden können ³⁾, sondern die den einzelnen Produkten so zugeschlagen werden, wie diese es marktmäßig vertragen können ⁴⁾.

Ein weiteres Problem folgt aus dem Zusammenspiel von fixen Kosten, variablen (leistungsabhängigen) Kosten und Ausbringungsmenge. Anschaulich wird das, wenn man im "photoengraver-Fall" für diese Größen

-
- 1) Vgl. für das deutsche Recht: Problematik des Betriebsabrechnungsbogens für die "Verrechnung innerbetrieblicher Leistungen", Löffelholz, S. 659.
 2) Raffée, S. 28.
 3) Schneider, Einführung II, S. 115; ders., Rechnungswesen, S. 174.
 4) Mestmäcker, WuW 1957, 21 (23).

konkrete Werte einsetzt. Der Einfachheit halber wird dabei zunächst nur der Hauptbetrieb betrachtet: Die fixen Kosten (Miete, Zinsen, Versicherung) sollen sich auf 1200, - DM, die leistungsabhängigen Kosten für einen "cut" (Material, Arbeitsstunden der Fertigung) auf 1,80 DM belaufen,

1. Bei einer Ausbringungsmenge von 1000 "cuts"	
im Monat betragen die fixen Kosten	1200, -- DM
die leistungsabhängigen Kosten	
$1000 \cdot 1,80 \text{ DM}$	1800, -- DM
die Gesamtkosten	3000, -- DM
die Durchschnittsgesamtkosten	<u>3, -- DM</u>
2. Bei einer Ausbringungsmenge von 2000 "cuts"	
im Monat betragen die fixen Kosten	1200, -- DM
die leistungsabhängigen Kosten	
$2000 \cdot 1,80 \text{ DM}$	3600, -- DM
die Gesamtkosten	4800, -- DM
die Gesamtdurchschnittskosten	<u>2,40 DM</u>
3. Bei einer Ausbringungsmenge von 4000 "cuts"	
im Monat betragen die fixen Kosten	1200, -- DM
die leistungsabhängigen Kosten	
$4000 \cdot 1,80 \text{ DM}$	7200, -- DM
die Gesamtkosten	8400, -- DM
die Kosten je Leistungseinheit	<u>2,10 DM</u>

Die Selbstkosten eines "cut" sind der verwandten Leistungsmenge also umgekehrt proportional; sie wachsen mit abnehmender und sinken mit zunehmender Leistungsmenge. Man kommt zu völlig unterschiedlichen Ergebnissen, je nachdem ob A 1000, 2000 oder 4000 "cuts" herausbringt. Abstrakt drückt sich das in der Gleichung aus ¹⁾:

-
- 1) Büchersches Gesetz der Massenproduktion. Dabei sollen sein: DTK_i = Selbstkosten, durchschnittliche totale Kosten eines Gutes i in der Periode t ; DVK_i = variable Stückkosten, leistungsabhängige Kosten je Leistungseinheit des Gutes i in der Periode t ; FK = Summe fixer Kosten, die für den Zeitabschnitt t unabhängig vom Um-

$$DTK_i = DVK_i + \frac{FK}{X_i}$$

Die Schwierigkeiten wachsen, wenn die Überlegungen auf die von A im Nebenbetrieb Y hergestellten "plates" ausgedehnt werden. Die Selbstkosten der "cuts" hängen jetzt auch von der Leistungsmenge der "plates" ab und umgekehrt. Allgemein läßt sich sagen, daß beim Vorhandensein fixer Kosten die Selbstkosten eines Gutes von der Absatzmenge aller übrigen Produkte abhängig sind ¹⁾. Abstrakt lauten die Formeln:

$$DTK_1 = DVK_1 + \frac{FK}{X_1+X_2} \quad (\text{Selbstkosten "cuts"})$$

$$DTK_2 = DVK_2 + \frac{FK}{X_1+X_2} \quad (\text{Selbstkosten "plates"})$$

Damit kommt man unter den in der Praxis regelmäßig anzutreffenden Umständen zu dem Ergebnis, daß eine Ermittlung der Selbstkosten objektiv unmöglich, in zahlreichen Fällen sogar falsch ist. So verwundert es nicht, daß die Selbstkostenrechnung sowohl im kalifornischen Schrifttum als auch in der anderen einzelstaatlichen Literatur mehr Diskussion und Kritik erfahren hat als jedes andere Gebiet des Wettbewerbsrechts ²⁾. Barron ³⁾ charakterisiert sie als "Daumenpeilregeln". Das Gericht, das über den "photoengraver-Fall" zu befinden hatte, bezeichnete die Kostensituation als "crux" des ganzen Falles ⁴⁾. Von den jüngeren deutschsprachigen Autoren kommt Riebel ⁵⁾ zu der Zusammenfassung: "Es gibt in jeder Wissenschaft Fragen, die aus der Natur der Sache heraus nicht beantwortet werden können. Dazu gehört die naheliegende, aber laien-

Fortsetzung der Fußnote 1) zu Seite 40:

fang der geplanten Produktmenge (Leistungsmenge) anfällt;

X_i = Leistungsmenge, die von Gut 1 in der Periode t erstellt wurde.

- 1) Deppe, S. 100.
- 2) Hamilton, 4 Law & Contemp. Probl. 321; Lovell, 57 Yale L.J. 391.
- 3) "Since the determination of "real" per unit costs is impossible, findings as to the amount of such costs are generally based on rules of thumb - arbitrary definitions", 35 So. Cal. L. Rev. 393 (403).
- 4) "The crux of the entire case is whether or not the appellants were selling below their cost of production. . . ". Id. 41 C. A. 2d 874 (880), 107 P. 2d 959 (962).
- 5) ZfhF 1959, 213 (237 f.).

hafte Frage: "Was kostet die Leistungseinheit?" Es kann nicht Aufgabe der Betriebswirtschaftslehre sein, dem praktischen Bedürfnis nach Beantwortung dieser Frage dadurch entgegenzukommen, daß sie Verrechnungsmethoden zu entwickeln und konservieren hilft, die nichts anderes als eine Mischung aus viel Dichtung und wenig Wahrheit darstellen".

Der "photoengraver-Fall" endete mit einer Beweislastentscheidung. Der Kläger B, der die klagebegründende Tatsache des "sale at less than cost" darzulegen und zu beweisen hatte ¹⁾, hatte in die Betriebsgeheimnisse des A keinen Einblick. Eine Umkehr der Beweislast, die der Kläger forderte, wurde vom Gericht ausdrücklich abgelehnt. Folglich war die Klage abzuweisen ²⁾. Nach deutschem Recht hätte sie deshalb keinen Erfolg gehabt, weil bei der Preisunterbietung des A keine besonderen, die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände erkennbar wurden.

- b) Um die Berechnung der Selbstkosten im Einzelfall zu erleichtern, griffen fast alle Einzelstaaten zum Hilfsmittel der Kostenvermutungen, bei denen man zwischen "markups" (Gemeinkostenaufschlägen), "presumptive evidences" (Indizienbeweisen) und "cost surveys" (Kostenübersichten) unterscheiden kann.

Unter "markups" sind Gemeinkostenzuschläge zu verstehen, die dem Einstandspreis zugerechnet werden und die eine widerlegbare Vermutung für die Höhe der Selbstkosten begründen. Etwa zwanzig Einzelstaaten sehen "retailers' markups" vor, deren Höhe sich zwischen 4 bis 12 % bewegt. Etwa die Hälfte der Staaten führte "wholesalers' markups" ein, deren Höhe einheitlich bei 2 % liegt ³⁾. Auf der Herstellerstufe existieren keine "markups", weil es dort an für Gemeinkostenaufschläge brauchbaren Einstandspreisen fehlt ⁴⁾. Kalifornien kannte ursprünglich überhaupt keine "markups". In Anlehnung an die Mehrzahl der Unfair Sales Acts hat es sich jedoch nachträglich im Jahre 1953

-
- 1) "Not only was the burden of proof upon the respondent. . .". Id. 41 C. A. 2d 874 (880), 107 P. 2d 959 (962).
 - 2) "The respondent failed to prove appellants' cost of production for the items in question, and it cannot be held that the burden in this respect shifted to appellants, especially where, as here, they were prevented from showing their actual costs". Id. 41 C. A. 2d 874 (881), 107 P. 2d 959 (963).
 - 3) Anlage 1 = S. 85.
 - 4) weshalb diese Frage auch im "photoengraver-Fall" nicht akut werden konnte.

für die Einführung eines "markup" auf der Einzelhandelsstufe entschlossen und sich dabei für einen mittleren Wert entschieden ¹⁾; Es wird nunmehr, falls nicht ein anderer Kostennachweis erbracht wird, prima facie angenommen, daß die Gemeinkosten eines Einzelhändlers 6 % der Beschaffungs- oder Wiederbeschaffungskosten betragen (§ 17026 Abs. 2 Halbs. 2 B. & P. C.).

Auch "presumptive evidences" werden in den Einzelstaaten unterschiedlich gehandhabt. In Kalifornien gilt der Nachweis durchschnittlicher Gesamteinkosten zuzüglich der Produktions- bzw. Beschaffungs- oder Wiederbeschaffungskosten als Indizienbeweis der Kosten einer einzelnen Ware (§ 17073 B. & P. C.). Die von der Public Utilities Commission genehmigten Transporttarife sind Indizienbeweis für Lieferungskosten (§ 17024 B. & P. C.). Der handelsübliche Marktpreis ist Indizienbeweis für die Kosten von Rohmaterial (§ 17077 B. & P. C.). Darüber hinaus sollen bei Dienstleistungen, die zu niedrigeren als den handelsüblichen Lohnsätzen angeboten werden, die handelsüblichen Lohnsätze maßgebend sein (§ 17076 B. & P. C.).

Die größte Rolle spielen die "cost surveys", die für den Fall, daß der Beklagte dem Handels- oder Industriezweig angehört, der die Kostenübersicht herausgebracht hat, als "competent evidence" für die dem Beklagten erwachsenen Kosten anzusehen sind (§ 17072 B. & P. C.). Wichtigste Voraussetzung, die sich nicht aus dem Gesetz ergibt, aber sowohl vom kalifornischen Justizminister als auch von den kalifornischen Gerichten herausgestellt wird, ist dafür allerdings: Nicht nur die Mehrzahl, sondern nahezu alle in dem betreffenden Geschäftszweig tätigen Personen müssen, wenn eine Kostenübersicht Gültigkeit haben soll, Mitglieder des entsprechenden Wirtschaftsverbandes sein ²⁾. Als "competent evidence" begründen die Kostenübersichten streng genommen keine Kostenvermutung ³⁾. Gleichwohl haben sie in der Praxis

1) Stats. 1953, ch. 333, p. 1601, § 1.

2) "In other words, it is my view that the statute requires that the cost survey be computed as the average cost of doing business of at least a majority of those engaged in the trade or industry in a particular vicinity and locality, and further that such survey may be derived from an actual inspection of the books of account of such majority by a private accountant employed for that purpose by the members of the trade or industry or any part thereof". Ops. Cal. Att'y Gen. 10330, 3 (November 6, 1935).

3) "... the statute does not say that the "cost survey" shall be prima facie evidence, nor does it attempt to state what probative value the "cost survey" shall have, but only that when a cost survey has been established, it shall be deemed competent evidence to be used in proving cost". State v. Sears, 4 Wash. 2d 200 (215). 103 P. 2d 337 (344), 1940-1943 Trade Cases § 56, 043 (191) (1940).

wegen der Schwierigkeit anderweitigen Nachweises so starkes Gewicht, daß sie im Ergebnis einer gesetzlichen Vermutung gleichkommen ¹⁾. Das zeigte sich an folgendem Fall: Der Wirtschaftsverband der Wäschereibetriebe hat die Selbstkosten für die Wäsche eines Bettuchs auf 8 Cent festgesetzt; A, Nichtmitglied des Wirtschaftsverbandes, nimmt für die Wäsche eines Bettuchs 6,5 Cent ²⁾. Obwohl Kostenübersichten nach dem Wortlaut des Gesetzes nur auf die Mitglieder der Wirtschaftsverbände zugeschnitten sind, erklärte das Gericht die Kostenübersicht des Wäschereiverbandes als "competent evidence" auch für die Verkäufe des A ³⁾ und verurteilte A auf Unterlassung, weil er "notwendig" unter Kosten verkaufe ⁴⁾.

Es ist zu ahnen, daß die Kostenvermutungen der Unfair Practices Acts Gegenstand heftiger Kritik geworden sind. Der Hauptvorwurf geht dahin, daß sie auf unsachliche Beeinflussung der Preisgestaltung hinausliefen. So wendet sich Clark ⁵⁾ in einer umfassenden Studie gegen den vereinheitlichenden Gemeinkostenzuschlag in Form eines Prozentsatzes und versucht dessen Unbilligkeit vereinfachend am Beispiel eines Händlers mit Bohnen und eines Händlers mit "hamburgers" zu demonstrieren; Während der Vertrieb der Bohnen mit keinen besonderen Unkosten verbunden ist, müßten "hamburgers" bearbeitet, in Kühlanlagen aufbewahrt und schließlich serviert werden; der Händler mit Bohnen habe sich rechtlich dafür zu entschuldigen, daß er geringere Gemeinkosten habe als der Händler mit "hamburgers". Lovell ⁶⁾ weist auf die Gefahr hin, daß Kostenübersichten von trade associations dazu mißbraucht werden, auf die Preispolitik Einfluß zu gewinnen. Die Gefahr des Mißbrauchs ist nach ihm besonders deshalb akut, weil die trade associations bei der Errichtung von Kostenübersichten keinen strengen Kontrollen unterliegen. Als extremes Beispiel führt er zwei von Food and Grocery Bureau of Southern California in den Jahren 1937 und 1938

-
- 1) Barron, 35 So. Cal. L. Rev. 393 (403); Clark, 11 Vand. L. Rev. 105 (123); Taylor, 6 U. C. L. A. Law Rev. 498 (501).
 - 2) Los Angeles Laundry-Owners Ass'n v. Cascade Laundry of Los Angeles, 1950-1951 Trade Cases § 62,667 (Cal. Super. Ct. 1950).
 - 3) "A cost survey taken by a laundry association is competent evidence to establish the cost of washing a sheet, in an action charging a nonmember of the association with selling laundry services below cost and violating the Unfair Practices Act". Id. 1950-1951 Trade Cases § 62,667 (63,919).
 - 4) "From this it follows necessarily that the charge of only 6,5 cents for laundering a sheet is less than cost". Id. 1950-1951 Trade Cases § 62,667 (63,920).
 - 5) 11 Vand. L. Rev. 105 (123).
 - 6) 57 Yale L. J. 391 (413).

aufgestellte Kostenübersichten an. Die von 1937 kam so zustande, daß die Mitglieder des Verbandes einen Fragebogen folgenden Inhalts ausfüllten: "Based on my grocery sales for the year 1936, I find that my minimum cost of doing business is ... % of my sales". Das Formular des Jahres 1938 lautete: "Based on my total grocery sales for 1937, I find that my minimum cost of doing business has increased approximately ... % over my previous cost" ¹⁾. Freiheiten der trade associations in solchem Ausmaß haben heute aufgehört, weil die Gerichte detaillierte Kostenansätze verlangen ²⁾. Die Verbände behalten aber weiterhin entscheidenden Einfluß bei der Fixierung der einzelnen Kostenansätze. Posten wie "Abschreibung", "Vertriebskosten", "Kreditverluste" (§ 17029 B. & P. C.) bieten ein weites Feld für "Manipulationen". Barron ³⁾ kommt hinsichtlich des Institutes der Kostenübersichten zu der Zusammenfassung: "The ability to suggest price policy and to impose legal sanctions against non-conformists must surely be all that a trade association manager could ask for".

- c) Nicht in allen sales below cost-Fällen, die von der kalifornischen Rechtsprechung entschieden worden sind, erweist sich die Berechnung der Selbstkosten als so schwierig wie im "photoengraver-Fall". In zahlreichen Fällen steht die Höhe der Selbstkosten in etwa fest. Die Parteien streiten darüber, ob die Selbstkostengrenze durch ganz bestimmte Verhaltensweisen des Beklagten unterschritten wird, etwa durch Rabattgewährung, Gutscheinverteilung, Kopplungsgeschäfte.
- aa) Von den zahlreichen Entscheidungen, die zur Rabattgewährung ergingen, können nur die wichtigsten gebracht werden. Ein Fall, an dem sich unterschiedliche Auffassungen von Barzahlungsrabatt (cash discount) entzündeten, lag so: A ist Inhaber einer Drogerie. Großhändler X bietet ihm 2 % Rabatt für den Fall, daß innerhalb von 10 Tagen bezahlt wird. A macht von dem Angebot Gebrauch und senkt die Preise für die schon bislang zum Selbstkostenpreis verkaufte Seifensorte des X um die ersparten Prozente ⁴⁾.

1) Lovell, 57 Yale L. J. 391 (413 Fußn. 94).

2) Los Angeles Laundry-Owners Ass'n v. Cascade Laundry of Los Angeles, 1950-1951 Trade Cases § 62, 667 (63, 920).

3) 35 Cal. L. Rev. 393 (404).

4) People v. Lucky Stores, Inc., 1950-1951 Trade Cases § 62, 623 (Cal. Super. Ct. 1950).

Aus deutscher Sicht wird mit der Gewährung von Barzahlungsrabatten das Ziel verfolgt, die Kundschaft zur Barzahlung zu erziehen und das Borgen mit seinen Verlusten und Ausfällen einzuschränken; der Normalpreis bleibt bestehen, belohnt wird lediglich die pünktliche Bezahlung ¹⁾. So gesehen, unterschreitet A die Selbstkostengrenze weil er schon vor der Preisherabsetzung auf Selbstkostenbasis verkaufte. Sein Verhalten ist aber nicht rechtswidrig, weil das deutsche Recht nicht an die Selbstkostengrenze anknüpft. Ein Verstoß gegen das Rabattgesetz scheidet schon deshalb aus, weil A den Preis für seine Kunden allgemein herabsetzt. Umstände, die die Preisgestaltung als unlauter im Sinne des § 1 UWG erscheinen lassen, sind nicht ersichtlich.

Der Justizminister von Kalifornien sah die Gewährung von Barzahlungsrabatten als "reward for prompt payment" an, hielt ihre Weitergabe bei Waren, die schon auf Selbstkostenbasis kalkuliert waren, für unzulässig ²⁾ und strengte gegen A eine Klage auf Unterlassung an. Das Gericht vertrat demgegenüber die Meinung, der Beklagte habe sich die 2 % Barzahlungsrabatt durch seine Tüchtigkeit verdient ³⁾, und es sei nicht die Absicht des Gesetzgebers, dem Verbraucher eine auf die Fähigkeiten des Einzelhändlers zurückzuführende Preisermäßigung vorzuenthalten ⁴⁾. Ähnliche Ansichten äußerten die Justizminister von Nebraska und Louisiana ⁵⁾.

1) Baumbach-Hefermehl, RabattG Übers vor § 1 Anm. 2.

2) Ebenso der Justizminister von Idaho: "A customary discount for cash does not enter into the computation of "cost". Such a discount is a reward for prompt payment and is not a deduction from the purchase price. A cash discount is a part of the cost of doing business such as rent, advertising, or bad debts which is covered by the 6 per cent markup provided in the law". Ops. Ida, Att'y Gen. (March 31, 1955), 1955 Trade Cases § 68, 100 (70, 569).

3) "The Court has weighed carefully the arguments of both sides, and has arrived at the conclusion that inasmuch as defendants have availed themselves of the 2 % discount, the actual cost to them is the list price less the discount" People v. Lucky Stores, Inc., 1950-1951 Trade Cases § 62, 623 (63, 814) (Cal. Super. Ct. 1950).

4) "It is not the intention of the legislature to deprive the consuming public of reduced prices resulting from the ability of merchants...". Id. 1950-1951 Trade Cases § 62, 623 (63, 814).

5) Ops. Neb, Att'y Gen. (September, 2, 1941) 1940-1943 Trade Cases § 56, 149 (574); Ops. La, Att'y Gen. (November 27, 1940), 1940-1943 Trade Cases § 56, 076 (311).

Seit 1953 erübrigt sich in Kalifornien der Streit. Die in jenem Jahr eingefügte Vorschrift des § 17026 Abs. 3 B. & P. C. bestimmt: Preisnachlässe für Barzahlung dürfen nicht dazu benutzt werden, die Selbstkostengrenze herabzusetzen. Diese Bestimmung wird dem Wesen des Barzahlungsraabatts gerecht, schützt vor Manipulationen bei der Festlegung des Einstandspreises und hat sich in den meisten Einzelstaaten durchgesetzt ¹⁾.

Günstiger steht sich ein kalifornischer Händler, wenn er sich Mengenrabatt einräumen läßt. Aus dem Schweigen des Gesetzgebers in § 17026 Abs. 3 B. & P. C. folgt, daß Berücksichtigung von Mengenrabatt für die Ermittlung der Selbstkostengrenze statthaft ist. Zum selben Ergebnis führt die Überlegung, daß Mengenrabatt nicht für Barzahlung gewährt wird, sondern für die Bestellung größerer Mengen von Waren oder Leistungen, die für den Verkäufer mit geringeren Unkosten verbunden sind. Ein praktisches Beispiel wurde aus Wisconsin bekannt: A bietet dem Händler B für jeden Monat, in dem Waren im Werte von wenigstens 500 Dollar abgenommen werden, 4 % Rabatt; B macht von dem Angebot Gebrauch und senkt die schon bislang auf Selbstkostenbasis kalkulierten Waren des A um die ersparten Prozente. Erreichen die Einkäufe des B tatsächlich die 500-Dollar-Grenze, liegt "sale below cost" nicht vor ²⁾.

Ein Verkäufer, der auf zum Selbstkostenpreis berechnete Waren oder Leistungen Barzahlungs- oder Mengenrabatte einräumt, unterschreitet die Selbstkostengrenze. Hinsichtlich der Gewährung von Rabattmarken ließ der Oberste Gerichtshof Kaliforniens das in einem Fall durchblicken, den er unter dem Gesichtspunkt des "give away" (was er ablehnte) zu prüfen hatte ³⁾. Eindeutig wurde diese Frage vom Justizminister des Staates Utah bejaht ⁴⁾. Nach deutschem Recht ergeben sich gegen die Einräumung von Rabatten nur im Einzelverkauf an den Letztverbraucher Ein-

1) CCH Trade Reg. Rep. Vol. 2, § 6695.

2) 43 Ops. Wis Att'y Gen. 104 (107) (May 6, 1954).

3) Food and Grocery Bureau of Southern California v. Garfield, 20 C. 2d 228 (234), 125 P. 2d 3 (7), 1940-1943 Trade Cases § 56, 205 (736).

4) "A retail food merchant who issues redeemable trading stamps to purchasers of fair-trade items violates the state act if the redeemable value of such trading stamps reduces the price of fair-trade items below the established "minimum resale price" under the Fair Trade Act". Ops. Utah Att'y Gen. (Mai 21, 1951), 1950-1951 Trade Cases § 62, 841 (64, 476).

schränkungen: Barzahlungsrabatt darf dort den Satz von 3 % nicht übersteigen (§§ 1, 2 RabattG), die Grenzen des Mengenrabatts bestimmen sich nach dem Handelsbrauch (§§ 1, 7 RabattG).

- bb) Ein anschauliches Beispiel für Preisgestaltung unter Selbstkosten durch Gutscheinaktion ereignete sich im kalifornischen Friseurgewerbe ¹⁾: A, Inhaber eines Herrenfriseursalons, nimmt pro Haarschnitt 2,00 Dollar. Laut Gewerkschaftstarif hat er an seine Gesellen für jeden von diesen durchgeführten Haarschnitt 1,22 Dollar zu zahlen. Er läßt vor dem Geschäft seines Konkurrenten B, der keiner Gewerkschaft angehört, Gutscheine folgenden Inhalts verteilen: "Save 1,00 Dollar On Your Next Haircut; Good For One Dollar At A. . . Shop". Da A auf Grund der Gutscheinaktion Haarschnitte im Ergebnis für 1,00 Dollar gewährt, aber wenigstens 1,22 Dollar Gemeinkosten hat (Gesellenlohn), büßt er bei jedem von einem Gesellen durchgeführten Haarschnitt wenigstens 0,22 Dollar ein und verkauft damit unter den Selbstkosten. Vorweggenommen sei, daß das Gericht auch das Vorliegen der subjektiven Tatbestandsmerkmale bejahte ²⁾. Der Unterlassungsklage des B war daher stattzugeben.

Auch nach deutschem Recht hätte die Klage des B Erfolg gehabt, aber nicht wegen unzulässigen Verkaufs unter Kosten, sondern wegen unlauterer Werbung ³⁾ und wegen Vernichtungsabsicht (§ 1 UWG) ⁴⁾. Es zeigt sich hier, daß die beiden Rechte trotz unterschiedlicher Ausgangsposition zu derselben Bewertung kommen können.

- cc) Aus Pennsylvanien wurde ein Kopplungsverkauf (combination sale) bekannt, der deshalb interessant ist, weil er von den Einzelstaaten in seinem Unwertgehalt unterschiedlich beurteilt wird: A, Inhaber eines Lebensmittelgeschäfts, verkauft 5 Pfd. Zucker (Einstandspreis = 11 Cent pro Pfd.) zu 50 Cent für den Fall, daß andere Waren im Wert von wenigstens 7,99 Dollar gekauft werden ⁵⁾.

-
- 1) *Garner v. Journeyman Barbers' etc. Union*, 223 C. A. 2d 101, 35 Cal. Rptr. 693 (1963).
 - 2) Dazu unten S. 55.
 - 3) Dazu Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Rdn. 189.
 - 4) Dagegen nicht wegen Rechtsbruchs wie in RG vom 12. 4. 1927, RGZ 117, 16 ("Bewachungsgewerbe"). weil A hier seinen Gesellen den Gewerkschaftstarif tatsächlich zahlt.
 - 5) Anlehnung an *United Retail Grocers' Association v. Harrison's, Inc.*, 89 Pa D. & C. 294 (C. P. 1953).

Eine Vielzahl von Einzelstaaten trifft in ihren Unfair Sales Acts für Kopplungsverkäufe die Regelung, daß ein Unterkostenverkauf dann anzunehmen ist, wenn der Gesamtpreis der zusammengefaßten Waren unter der Summe der Kosten der einzelnen Waren liegt. Die Mehrzahl der Staaten, die keine Sonderregelung vorgesehen haben, verfährt in der Praxis in derselben Weise. Es gilt daher der allgemeine Satz; Bei Kopplungsverkäufen entscheidet der Gesamtpreis ¹⁾. Danach sieht die Lösung des Falles so aus: A verkauft zwar 5 Pfd. Zucker unter Selbstkosten. Der Gewinn, den er bei den wenigstens im Werte von 7,99 Dollar abzunehmenden Waren macht, übersteigt diesen Verlust jedoch bei weitem. "Sale below cost" liegt nicht vor.

Einen anderen Weg schlug man in North Dakota und in Kalifornien ein. Der Justizminister von North Dakota weist darauf hin, daß sich das Verbot des Verkaufs unter Selbstkosten auf "any" article or product beziehe; bei wortgetreuer Auslegung fielen darunter nicht mehrere zu einem Gesamtpreis zusammengefaßte Waren, sondern nur einzelne Artikel oder Sachgesamtheiten ²⁾. Ein kalifornisches Gericht gelangte zu diesem Ergebnis unter Berufung auf den Zweck des Gesetzes; dieser gehe u. a. dahin, vor solchen Lockartikeln und Abwerbungen zu schützen, die zum Zweck der Schädigung von Mitbewerbern eingesetzt würden ³⁾. Diese zweite Auffassung ließe sich wohl auch noch mit der Überlegung stützen, daß, wenn der Gesetzgeber schon einen Verbotstatbestand gegen sales below cost schafft, dieser nicht durch Kopplungsgeschäfte ausgehöhlt werden soll. Ob die obere kalifornische Rechtsprechung, die über diese Frage bislang nicht zu entscheiden brauchte, dieser Argumentation in Anbetracht der übrigen einzelstaatlichen Rechtsprechung folgen wird, ist

1) CCH Trade Reg. Rep. Vol. 2, § 6697.

2) "The North Dakota Unfair Trade Practices Act does not prohibit the sale of several articles as a unit for a combined price where the articles are sold as an indivisible unit and the sales price of the unit exceeds or is equal to the combined cost". Ops. N. D. Att'y Gen. (July 9, 1941), 1940-1943 Trade Cases § 56, 141 (550).

3) "Selling a commodity at less than cost in conjunction with other commodities sold at the regular price was held violative of the Unfair Practices Act, even though the total price paid for the combined purchase was more than cost, since one of the purposes of the Act was to prohibit the baiting or luring of customers for the purpose of injuring competitors. . .". Food and Grocery Bureau of Southern California, Inc. v. Ziskin (Cal. Super. Ct. 1940), quoted in CCH Trade Reg. Rep. Vol. 2, § 6697, 05.

keineswegs sicher. In bezug auf Kopplungsgeschäfte muß die Rechtslage in Kalifornien daher als nicht abgeschlossen angesehen werden.

Nach deutschem Recht sind im "Zuckerfall" drei Tatbestände erfüllt: Zunächst liegt ein Verstoß gegen die preisrechtliche Bestimmung des § 5 der Verordnung über die Preise von Zucker vor, wonach Zucker nur zu den vorgesehenen Festpreisen veräußert werden darf ¹⁾. Da die Unterbietung der öffentlich-rechtlich vorgeschriebenen Preise in der Absicht erfolgt, vor den Mitbewerbern einen sachlich nicht gerechtfertigten Vorprung zu erlangen, ist daneben § 1 UWG verletzt. Schließlich ist der Vorschrift des § 1 Abs. 1 Satz 1 ZugabeVO zuwidergehandelt, weil der für den Zucker berechnete Preis bei weitem zu gering angesetzt und deshalb unecht ist. Folgt man dem unteren kalifornischen Gericht in der Frage der Kopplungsgeschäfte, so liegt auch hier ein Fall von Unterkostenverkauf vor, in dem kalifornisches und deutsches Recht trotz völlig anders gelagerter Systematik zum gleichen Ergebnis kommen.

2. "Give away"

"Give away", von dem neben "sale at less than cost" in § 17043 B. & P. C. die Rede ist, bedeutet "etwas für nichts weggeben". Während bei "sale" etwas gegen ein - wenn auch nicht gleichwertiges - Entgelt geleistet wird, fehlt die Gegenleistung bei "give away" ganz; die Gewährung der Ware oder Leistung erfolgt gratis. Dabei ist "give away" nicht gleichbedeutend mit Zugabe. Zum Wesen der Zugabe gehört die Abhängigkeit der Nebenware vom Bezug der Hauptware ²⁾. Bei "give away" kann ein solcher Zusammenhang gegeben sein, braucht es aber nicht. Jede Zugabe ist deshalb zwar "give away", nicht jedes "give away" jedoch Zugabe. Ebensowenig wie "sale at less than cost" braucht "give away", damit es vom Verbotstatbestand erfaßt wird, verwirklicht zu sein. Das Angebot der Umsonstabgabe steht der Umsonstabgabe selbst gleich (§ 17023 B. & P. C.). Der Inhaber eines Fotogeschäfts, der Gutscheine für kostenlose Porträtaufnahmen verteilen läßt, erfüllt die Voraussetzungen des "give away" ohne Rücksicht darauf, ob es zur Durchführung der Aufnahmen kommt oder nicht ³⁾.

Nur verhältnismäßig wenig Einzelstaaten haben das Merkmal "give away" in ihre

1) Oben S. 13.

2) Oben S. 18 f.

3) Ops. Cal. Att'y Gen. NS-2347 (February 16, 1940).

Unfair Practices Acts aufgenommen. Die Verbotstatbestände der meisten Staaten beschränken sich auf die Untersagung von "sales below cost". Für die Praxis führt das zu erheblichen Unterschieden. Das zeigt sich an dem oben ¹⁾ in abgewandelter Form gebrachten Zuckerfall aus Pennsylvanien, wo Einzelhändler A "5 lbs. of sugar free with the purchase of 7, 99 dollars or more" anbietet ²⁾:

Das pennsylvanische Gericht, dem der Fall zur Entscheidung vorlag, legt den Schwerpunkt auf den Gesetzeswortlaut und vertritt die Ansicht, daß der Begriff "sale" das Merkmal "give away" nicht mitumfasse. Es meint, daß der Gesetzgeber die Möglichkeit von Umsonstabgaben unmöglich übersehen haben könne, betont, daß der Strafcharakter des Gesetzes eine weite Auslegung ausschließe, und erklärt das Verhalten des A für rechtmäßig ³⁾.

Zum selben Ergebnis, aber mit anderer Begründung kommt der Oberste Gerichtshof des Staates Wisconsin, in dem ebenfalls eine Regelung gegen Umsonstabgaben fehlt. Er stellt die Kombination von verkaufter und verschenkter Ware dem - in Wisconsin erlaubten - Kopplungsgeschäft gleich, indem er ausführt: "Der Gesetzgeber wollte durch den Unfair Sales Act nur solche Rechtsgeschäfte unterbinden, bei denen, insgesamt gesehen, Waren in der Absicht unlauterer Geschäftswerbung unter den Selbstkosten veräußert werden; deshalb ist das Gesetz nur dann verletzt, wenn der Gesamtverkaufspreis einer Warenkombination die Gesamtkosten der Waren nicht erreicht ⁴⁾. Die Mehrzahl der anderen Staaten entscheidet im selben Sinne ⁵⁾. Da Einzelhändler A den beim Zucker hingenommenen Verlust durch Gewinn bei den zum Preis von 7, 99 Dollar verkauften Waren ausgleicht, liegt kein "sale below cost" vor.

Anders ist die Rechtslage in den Staaten, die in ihre Verbotstatbestände auch den Begriff des "give away" aufgenommen haben. Ohne Rücksicht darauf, ob insgesamt ein Unterkostenverkauf vorliegt, wird jede Art von "gift" erfaßt (§ 17043 B. & P. C.).

-
- 1) S. 48.
 - 2) United Retail Grocers' Association v. Harrison's Sons, Inc., 89 Pa. D. & C. 294 (C. P. 1953).
 - 3) "The gift of five pounds of sugar by a retailer to customers, upon the purchase of goods of a specified value, is not violative of the Unfair Sales Act". United Retail Grocers' Association v. Harrison's Sons, Inc., 89 Pa. D. & C. 294 (C. P. 1953).
 - 4) State v. Tankar Gas, Inc., 250 Wis. 218 (223), 26 N. W. 2d 647 (649).
 - 5) Ops. La. Att'y Gen. (January 12, 1949), 1948-1949 Trade Cases § 62, 354 (62, 926); Ops. Minn. Att'y Gen. (May 26, 1937), quoted in CCH Trade Reg. Rep. Vol. 2, § 6697, 25; 17 Ops. Mont. Att'y Gen. 232 (November 13, 1937).

Ein anderes Beispiel, das die unterschiedliche Rechtsprechung der Einzelstaaten zu "give away" - in Form der Zugabe - verdeutlicht, ist folgendes: A, Inhaber einer Tankstelle, wäscht für den Fall, daß ein Kunde drei oder mehr Gallonen Benzin kauft, den Wagen des Kunden gratis ¹⁾. In Pennsylvanien wird die Wagenwäsche gesetzlich nicht erfaßt, weil sie sich nicht als "sale" darstellt. In Wisconsin liegt "sale below cost" vor, wenn der Verkaufspreis für die drei Gallonen Benzin die Selbstkosten des A für Benzin und Wagenwäsche unterschreitet. In Kalifornien fällt die Wagenwäsche unter "give away". Nach deutschem Recht dürfte eine ~~unstatthafte~~ Zugabe vorliegen, denn kostenlose Wagenwäsche geht über übliche Service-Leistungen wie Scheibenwaschen, Prüfen des Luftdrucks, Kontrolle des Ölstandes hinaus (§ 1 Abs. 2 d) ZugabeVO) ²⁾.

Ein Fall, bei dem die Rechtsprechung Pennsylvaniens in Schwierigkeiten geraten könnte, ereignete sich in Wisconsin: Tankstellenbesitzer A gewährt "With each 7 gallon purchase of Tanker Super Gasoline 2 Gallons Gasoline free" ³⁾. Die beiden kostenlosen Gallonen Benzin stellen sich, weil sie für den Kauf von 7 Gallonen Benzin zusätzlich gewährt werden, nach Ansicht des Gerichts in Wisconsin als "gift" dar ⁴⁾. Bei Aufrechterhaltung der pennsylvanischen Rechtsprechung werden die zwei Gallonen Benzin gesetzlich nicht erfaßt, auch dann nicht, wenn die übrigen fünf Gallonen auf oder knapp über der Selbstkostengrenze veräußert werden. In Wisconsin kommt es darauf an, ob der Gesamtverkaufspreis für 9 Gallonen die Gesamtselbstkosten deckt ⁵⁾. In Kalifornien fallen die zusätzlichen 2 Gallonen Benzin unter "give away". Nach deutschem Recht liegt einmal ein Verstoß gegen die §§ 1, 7 RabattG vor, denn daß im Tankstellengewerbe beim Bezug von 31,5 Litern Benzin weitere 9 Liter gratis gewährt werden, ist völlig ungewöhnlich. Darüber hinaus dürfte das Verhalten des Tankstellenbesitzers einen Verstoß gegen § 1 UWG darstellen, dessen Anwendbarkeit durch die ZugabeVO nicht ausgeschlossen ist (§ 2 Abs. 3 ZugabeVO). Das Urteil der Wettbewerbswidrigkeit ergibt sich hier namentlich aus dem Mittel, nämlich der Art und Weise, wie A die Preis-

-
- 1) Anlehnung an Alabama Independent Service Station Ass'n v. McDowell, 242 Ala. 424, 6 So. 2d 502 (1942).
 - 2) Baumbach-Hefermehl, § 1 ZugabeVO Rdn. 89.
 - 3) State v. Tanker Gas, Inc. 250 Wis. 218, 26 N. W. 2d 647 (1947).
 - 4) "Since the two gallons of gasoline advertised as free with the purchase of seven gallons were "offered as a gift, or given with the sale of one or more other item"... ". Id. 250 Wis. 218 (221), 26 N. W. 2d 647 (648); Carver, § 137.
 - 5) "If on this basis the transaction falls below the standards bearing on the relation between cost and price there is a violation. If not, there is none". Id. 250 Wis. 218 (223), 26 N. W. 2d 647 (649).

unterbietung durchführt. Die Gewährung eines Preisnachlasses von 28,5 % widerspricht jeder vernünftigen kaufmännischen Gepflogenheit. A kann sich nicht darauf berufen, eine derartige Preisermäßigung sei für ihn tragbar. Wenn er glaubt, mit einer geringeren als der normalen Gewinnspanne auszukommen, muß er seine Preise entzerren und von vornherein niedriger ansetzen ¹⁾.

Unter den Begriff des "give away" fallen, genau genommen, auch handelsübliche Leistungen wie baby sitting, Hauszustellungen und Zurverfügungstellen von Parkplätzen. Dennoch ist man sich darüber einig, daß sie vom Verbotstatbestand nicht erfaßt werden dürfen. Da man den unentgeltlichen Charakter derartiger Leistungen nicht leugnen kann, stellt man darauf ab, daß ihr materieller Wert in den Augen des Publikums hinter dem ideellen zurücktrete und deshalb nicht als "services" (geschäftliche Leistung) angesehen werden könne (§ 17024 Abs. 1 B. & P. C.) ²⁾. Darüber hinaus verweist man auf den Zweck der Unfair Sales Acts, wonach nur "unfair, dishonest, deceptive, fraudulent and discriminatory practices" untersagt werden sollen (§ 17001 B. & P. C.).

3. "Purpose of injuring competitors or destroying competition"

"Sale at less than cost" und "give away" sind nach kalifornischem Recht nicht schlechthin untersagt. Sie müssen, wie es in § 17043 B. & P. C. heißt, vorgenommen werden "for the purpose of injuring competitors or destroying competition". Andere Staaten stellen, wie schon erwähnt ³⁾, auf Verlustpreisstellungen ab, die von solcher Absicht oder solcher Wirkung getragen sind. Wieder andere lassen allein die Wirkung genügen. Die Regelung New Jerseys, die sales below cost ohne Rücksicht auf Absicht oder Wirkung der Wettbewerbsbeeinträchtigung für rechtswidrig erklärte, wurde vom Obersten Gerichtshof jenes Staates als Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip angesehen, weil es über das hinausgehe, was notwendig sei, um sozialen und wirtschaftlichen Mißständen zu begegnen ⁴⁾.

1) LG Bielefeld vom 25. 7. 1957, GRUR 1958, 301 = WRP 1958, 30 ("Backaroma").

2) Carver, § 8, 151.

3) Oben S. 31.

4) "We conclude... that it does not define any public harm or damage to be averted, such as the giving of trade inducements or committing other acts to lessen competition or injure competitors or the stifling of fair competition by other forms of price discrimination. It does not anywhere exhibit a purpose to accomplish a valid object. It arbitrarily imposes restrictions

- a) Nach dem Vorläufer des CUPA aus dem Jahre 1913 waren solche Verlustpreisstellungen untersagt, die getragen waren von "the purpose of injuring competitors and destroying competition". Diese Fassung wurde bald als zu eng empfunden und bei der Neugestaltung des Gesetzes im Jahre 1937 dahin geändert, daß an die Stelle des Wortes "and" das Wort "or" trat ¹⁾.

"Purpose of destroying competition" bedeutet Absicht der Ausschaltung des Wettbewerbs. Das Ziel völliger Ausschaltung des Wettbewerbs ist damit indes nicht gemeint. Der Begriff ist weiter und wird am besten mit "Absicht wesentlicher Beeinträchtigung des Wettbewerbs" wiedergegeben. Das kommt in einer Entscheidung des Obersten Gerichtshofs von Minnesota ²⁾ zum Ausdruck, der das Merkmal "for the purpose or with the effect of destroying competition" zu prüfen hatte. Er lehnte eine Auslegung des Begriffs "destroy" im Sinne vollständiger Konkurrenzausschaltung mit dem Hinweis ab, daß Wettbewerb selbst durch größte Preissenkungen nicht beseitigt werde. Wenngleich sich ein allgemeingültiger Maßstab nicht aufstellen lasse, sei wenigstens zu verlangen, daß in dem betreffenden Gebiet eine wesentliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsatmosphäre entstehe oder einem Wettbewerber wesentlicher Schaden zugefügt werde ³⁾. Dem Merkmal "purpose of injuring competitors or destroying competition" wird man deshalb wohl am ehesten gerecht, wenn man es wiedergibt mit Absicht, Mitbewerbern einen wesentlichen Schaden zuzufügen oder die Wettbewerbsatmosphäre wesentlich zu beeinträchtigen.

Trotz des eindeutigen Gesetzeswortlautes (§ 17043 B. & P. C.) mußten die kalifornischen Gerichte klarstellen, daß es neben dieser Absicht nicht auf den Eintritt eines schädigenden Erfolges ankommt. Der dafür maßgebende Gedanke des CUPA ist: Es soll vorbeugender Schutz gewährt werden. Ist eine Schädigung von Mitbewerbern oder eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsatmosphäre

Fortsetzung der Fußnote 4) zu Seite 53:

upon trade, when no injury is inflicted thereby and without resultant benefit to anyone". *State v. Packard-Bamberger & Co., Inc.*, 123 N.J.L. 180 (189), 8 A. 2d 291 (295), 1932-1939 Trade Cases § 55, 240 (699) (1939).

1) *White*, 27 Cal. L. Rev. 449 (450).

2) *State v. Wolkoff*, 250 Minn. 504, 85 N.W. 2d 401, 1957 Trade Cases § 68, 826.

3) "Certainly the phrase requires, at the very least, some substantial damage to the competitive atmosphere of the defendants' trade area or to a competitor". *Id.*, 250 Minn. 504 (517), 85 N.W. 2d 401 (410), 1957 Trade Cases § 68, 826 (73, 350).

erst einmal eingetreten, ist Rückgängigmachung nur schwer möglich ¹⁾.

- b) Da die Feststellung der subjektiven Tatbestandsmerkmale in der Praxis auf Schwierigkeiten stößt, griffen die einzelstaatlichen Gesetzgeber wie bei der Kostenberechnung zum Hilfsmittel der Vermutung. Für Kalifornien bestimmt § 17071 B. & P. C.: Der Nachweis eines oder mehrerer "selling below cost" oder "give away" von Waren oder Leistungen in Verbindung mit dem Nachweis, daß ein Mitbewerber geschädigt wird, ist Indizienbeweis für "purpose of injuring competitors or destroying competition". Es wird Sache des Beklagten, diese Vermutung zu zerstören.

Auf die vorangegangenen Fälle bezogen, bedeutet das: Überall, wo "sale below cost" oder "give away" festgestellt wurde und sich darüber hinaus als Folge davon ein schädigender Erfolg einstellte, liegt eine Gesetzesverletzung vor, es sei denn, dem Beklagten gelingt es darzutun, daß er nicht die Absicht hatte, seine Mitbewerber wesentlich zu schädigen oder das Wettbewerbsklima wesentlich zu beeinträchtigen.

Dabei kommt, wie die Rechtsprechung zeigt, eine Entkräftung der gesetzlichen Vermutung für die Fälle des "sale at less than cost" nur selten in Betracht. So geht das Gericht im "Friseurfall" ("Save 1. 00 Dollar On Your Next Haircut; Good for One Dollar at A Shop") ²⁾ auf den Versuch des Friseurs, sich zu exkulpieren, gar nicht weiter ein ³⁾. Im "Wäschereifall" (Wäsche eines Bettuchs für 6, 5 Cent statt der in einer Kostenübersicht vorgesehenen 8 Cent) ⁴⁾ versuchte sich der Beklagte mit der Behauptung zu rechtfertigen, er wolle nur seinen Umsatz steigern. Dem Gericht erschien diese Verteidigung unglaublich, und es wies sie zurück ⁵⁾. Ein Beispiel, wo

-
- 1) "Furthermore, an injurious effect is not an essential element of the violation. The violation is complete when sales below cost are made with the requisite intent and not within any of the exceptions". *People v. Pay Less Drug Store*, 25 C. 2d 108 (113), 153 P. 2d 9 (12) (1944).
 - 2) *Oben S. 48.*
 - 3) "Inasmuch as their plan... has injured plaintiff as a competitor and destroyed competition, the haircut... is... an unfair trade practice". *Id.*, 223 C. A. 2d 102 (107), 35 Cal. Rptr. 693 (697).
 - 4) *Oben S. 43 f.*
 - 5) "The activity of the defendant in soliciting the customers of its competitors and in actually taking them away from its competitors, coupled with its admission of the knowledge that this would injure competitors, constrains me to hold, in spite of evidence to the contrary, that the purpose

"purpose of injuring competitors" einmal verneint wurde, lag so: Eine nicht auf Gewinn gerichtete Organisation verkaufte an ihre Mitglieder Arzneimittel zum Einstandspreis. Hier erklärte der Justizminister von Washington, die billigen Verkäufe seien deshalb nicht auf Schädigung von Wettbewerbern angelegt, weil die Beklagte am Wettbewerb selbst nicht interessiert sei ¹⁾.

In Fällen des "give away" erscheint eine Ausräumung der gesetzlichen Vermutung eher möglich. Für die Verteilung von Gutscheinen für kostenlose Porträtaufnahmen ²⁾ will sich der kalifornische Justizminister nicht festlegen, gibt die Möglichkeit durch die Art der Formulierung jedoch zu verstehen ³⁾. Verleiht eine Kaffeefirma "coffee urns" an Restaurants unter der Bedingung, daß diese von ihr Kaffee beziehen, so kommt nach Ansicht des kalifornischen Justizministers eine Verletzung des CUPA nur dann in Betracht, wenn noch besondere Umstände für das subjektive Tatbestandsmerkmal nachgewiesen werden ⁴⁾. Anders ist die Lage jedoch in den Fällen, wo die Gratisleistungen den Rahmen der Handelsüblichkeit sprengen ("5 lbs. of sugar free with the purchase of 7,99 dollars or more" ⁵⁾; "kostenlose Wagenwäsche" ⁶⁾; "with each gallon purchase of Tankar Super Gasoline 2 Gallons Gasoline free" ⁷⁾).

- c) Die Umkehr der Beweislast in § 17071 B. & P. C. führt dazu, daß dem kalifornischen Geschäftsmann, wenn er sich rechtmäßig verhalten will, nichts anderes übrig bleibt, als auf Selbstkostenbasis oder über den Selbstkosten zu verkaufen. Unterschreitet er die Selbstkostengrenze, so hat er mit Unannehmlichkeiten von Seiten der Verbände zu rechnen. Weiter läuft er Gefahr, mit einem Zivilprozeß überzogen zu werden, in dem er wegen der negativen Beweislast-

Fortsetzung der Fußnote 5) zu Seite 55:

of the defendant was actually to injure its competitors". Id. 1950-1951 Trade Cases § 62, 667 (63, 920).

- 1) Letter of Advice of Attorney General of Washington (December 20, 1943). 1944-1945 Trade Cases § 57, 204 (57, 219).
- 2) Oben S. 50 f.
- 3) Ops. Cal. Att'y Gen. NS-2347 (5).
- 4) "In our opinion the facts set forth by you would not constitute a violation of the Act unless it could be alleged and proved that the furnishing of a coffee urn was done with the intent to injure competitors and destroy competition". Ops. Cal. Att'y Gen. NS-4217 (2) (April 8, 1942).
- 5) Oben S. 51.
- 6) Oben S. 52.
- 7) Oben S. 52 f.

verteilung das Risiko trägt. Schließlich hat er damit zu rechnen, mit Strafe belegt zu werden (§ 17100 B. & P. C.). Das ist schon psychologisch Grund genug, von vornherein auf jede Preisgestaltung unter Selbstkosten zu verzichten.

An diesem Punkt setzt auch weitere Kritik des Schrifttums am CUPA ein. Zunächst wirft man dem Gesetzgeber vor, er handele inkonsequent. Auf der einen Seite verbiete er nur solche Verkäufe unter Selbstkosten, die in der Absicht vorgenommen würden, Mitbewerber wesentlich zu schädigen oder die Wettbewerbsatmosphäre wesentlich zu beeinträchtigen. Auf der anderen Seite kehre er die Beweislast hinsichtlich des subjektiven Tatbestandsmerkmals um. Damit nehme er mit der einen Hand das weg, was er mit der anderen gegeben habe, und untersage praktisch Verlustpreisstellungen schlechthin. Zudem dürfe den Gerichten nicht die Arbeit zu Lasten lauter handelnder Geschäftsleute erleichtert werden. Weiter werde der Grundsatz, daß jeder so lange als schuldlos zu gelten habe, bis er schuldig befunden werde, durch die Beweisumkehr angetastet ¹⁾. Schließlich sei die Strafvorschrift für die trade associations willkommenes Mittel, unliebsame Mitbewerber auszuschalten und auf die Preispolitik Einfluß zu gewinnen ²⁾.

4. "Loss leader"

Der Begriff des "loss leader" (Verlustanführer) im CUPA bedarf der Klärung, weil er häufig zu wörtlich gesehen und deshalb mißverstanden wird. In den §§ 17044, 17030 B. & P. C. wird er definiert als eine Ware oder Leistung (§ 17024 Abs. 1 B. & P. C.), die unter Kosten verkauft wird,

- a) wobei der Zweck darin besteht, den Verkauf anderer Waren zu beeinflussen, zu fördern oder zu beleben;
- b) oder wobei die Wirkung, die Tendenz oder die Eignung besteht, Käufer oder voraussichtliche Käufer irrezuführen oder zu täuschen;
- c) oder wobei die Wirkung darin besteht, daß Kunden von Wettbewerbern abgezogen werden oder die Wettbewerber in anderer Weise beeinträchtigt werden.

Aus der Tatsache, daß das Verbot des "loss leader" in der Gesetzesfolge hinter dem allgemeinen Verbot von Unterkostenverkäufen steht, sowie daraus, daß im Gegensatz zu § 17043 B. & P. C. in den §§ 17044, 17030 B. & P. C. nicht von

1) Clark, 11 Vand. L. Rev. 105 (115).

2) Lovell, 57 Yale L. J. 391 (416).

"purpose of injuring competitors or destroying competition" die Rede ist, wird vielfach gefolgert ¹⁾, daß die §§ 17044, 17030 B. & P. C. *lex specialis* seien. Solcher Gesetzesaufbau erscheint logisch. Denn es wären dann drei vom Gesetzgeber ausdrücklich bezeichnete Fälle selbst dann untersagt, wenn Absicht der Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne des § 17043 B. & P. C. nicht vorliegt. Sinnvoll erschiene das insbesondere für die Fälle des § 17030 (b) und (c) B. & P. C., bei denen ausschließlich auf den Erfolg abgestellt wird.

Gegen diese Ansicht ergeben sich eine Reihe wichtiger Argumente aus dem Gesetz selbst. Zunächst sind im CUPA nicht nur Bestimmungen gegen "sales below cost", sondern auch gegen Diskriminierung ²⁾ niedergelegt. Sowohl die Grundvorschrift gegen "sales below cost" (§ 17043 B. & P. C.) als auch die gegen Diskriminierung (§ 17040 B. & P. C.) setzt "purpose of injuring competitors or destroying competition" voraus. Wenn die Grundvorschriften dieses Erfordernis so stark herausstellen, so spricht das dafür, daß es als allgemeines Tatbestandsmerkmal angesehen und in die übrigen Bestimmungen hineingelesen werden soll. In dieselbe Richtung weist die Vorschrift des § 17071 B. & P. C., in der die Beweislast für das subjektive Tatbestandsmerkmal umgekehrt wird und die so abgefaßt ist, daß sie sich nicht nur auf "sales below cost" (§ 17043 B. & P. C.) und Diskriminierung (§ 17040 B. & P. C.), sondern auch auf Verlustanfänger (§ 17044, 17030 B. & P. C.) bezieht. Ziel des CUPA ist es schließlich, "unfair, dishonest, deceptive, destructive, fraudulent and discriminatory practices" zu unterbinden (§ 17001 B. & P. C.). Ein Unterkostenverkauf, der nachgewiesenermaßen nicht von "purpose of injuring competitors or destroying competition" getragen ist, liegt nicht im Zweckbereich des Gesetzes.

Mit diesen Argumenten standen sich die Parteien im Fall *Ellis v. Dallas* ³⁾ gegenüber, in welchem dem Inhaber eines Warenhauses, der von Zeit zu Zeit Sonderangebote unter Selbstkosten veranstaltet hatte, die Widerlegung der Absicht der Wettbewerbsbeeinträchtigung gelungen war. Das Gericht schloß sich der zweiten Auffassung an und wies die Klage gegen das Warenhaus ab ⁴⁾. Diese Entschei-

1) So für das deutsche Recht: Greifelt, *Int. Wettbewerb* 1963, 5 (15 r. Sp.); wohl auch Wegner, *WRP* 1965, 243 (244 r. Sp. Fußn. 24).

2) Dazu unten S. 61-63.

3) 113 C. A. 2d 234, 248 P. 2d 63 (1952).

4) "While section 17044 of the act provides that the practice of using any article or product as a "loss leader" is included among the prohibitions of the chapter, we conclude it was the intent of the Legislature to make it unlawful to sell articles below cost for the purpose of injuring competitors or destroying competition and that to be unlawful, "loss leader" sales must be made for that purpose". *Id.* 113 C. A. 2d 234 (239), 248 P. 2d 63 (66).

dung ist für spätere Fälle Richtschnur geworden ¹⁾.

Für das Verhältnis der Bestimmungen des § 17043 B. & P. C. und der §§ 17044, 17030 B. & P. C. zueinander folgt daraus: § 17043 B. & P. C. enthält Grundvoraussetzungen, die §§ 17044, 17030 B. & P. C. darüber hinausgehende Merkmale. Liegen die Voraussetzungen des "loss leader" vor, sind auch die des § 17043 B. & P. C. gegeben. Sind die Merkmale des § 17043 B. & P. C. erfüllt, braucht kein Verlustanführer vorzuliegen. Ein "loss leader" ist erst dann vorhanden, wenn neben den Voraussetzungen des § 17043 B. & P. C. wenigstens auch ein Merkmal der §§ 17044, 17030 B. & P. C. erfüllt ist. Das wurde etwa im Friseurfall ("Save 1.00 Dollar On Your Next Haircut") ²⁾ angenommen (§§ 17044, 17030 (c) B. & P. C.) ³⁾.

Die Ansicht, in Kalifornien seien Unterkostenverkäufe unzulässig, die zu dem Zweck vorgenommen würden, den Verkauf anderer Waren günstig zu beeinflussen (§§ 17044, 17030 (a) B. & P. C.), ist also unkorrekt. Die Rechtslage ist in Kalifornien insoweit nicht anders als in Deutschland. Es ist allein die psychologische Wirkung der Beweisumkehr für das subjektive Tatbestandsmerkmal in § 17043 B. & P. C., die den kalifornischen Geschäftsmann von Unterkostenverkäufen weitgehend Abstand nehmen läßt.

IV. VERFASSUNGSMÄSSIGKEIT DES CUPA

Der Streit um die Verfassungsmäßigkeit der sales below cost-Gesetzgebung, der im älteren einzelstaatlichen Schrifttum einen breiten Raum einnahm ⁴⁾, scheint

1) Northern California Food Dealers, Inc. v. Farmers Market of Northern California, Inc., 1956 Trade Cases § 68,402 (Cal. Super. Ct. 1956).

2) Oben S. 48.

3) "Inasmuch as their plan... has injured plaintiff as a competitor and destroyed competition, the haircut which costs plaintiff's prospective customer but 75 cents or 1.00 dollar at a competitor union barber shop is a "loss leader" constituting an unfair trade practice". Id., 223 C. A. 2d 191 (1957), 35 Cal. Rptr. 693 (1957).

4) Barron, 35 So. Cal. L. Rev. 393; Blumenfeld, 22 Cal. L. Rev. 86; Bright, 14 Notre Dame Law. 286; Clark, 11 Vand. L. Rev. 105; Coad, 11 Mont. L. Rev. 21; Cupp, 10 So. Cal. L. Rev. 18; Erdman, 47 Yale L. J. 1201; Oler, 43 Dick. L. Rev. 112, 118 A. L. R. 506, 128 A. L. R. 1126; Reppy, 9 So. Cal. L. Rev. 370; Taylor, 6 U. C. L. A. Law Rev. 498; Thatcher, 30 Minn. L. Rev. 559.

ausgetragen zu sein.

Die Rechtmäßigkeit des Eingriffs in die Wettbewerbsfreiheit bejaht der Oberste Gerichtshof Kaliforniens im Anschluß an die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs des Bundes im Fall *Nebbia v. New York* ("Mindestpreise") ¹⁾ mit dem Hinweis, daß die Mittel-Zweck-Relation des CUPA nicht willkürlich erscheine. Der Staat habe zwar nicht die Macht, den Wettbewerb auf ganzer Ebene zu steuern. Ihm sei jedoch eindeutig das Recht zuzuerkennen, "to restrict or prohibit trade practices which upon reasonable grounds it determines are predatory, vicious, unfair and antisocial" ²⁾.

Dem Vorwurf, die im CUPA geregelten Materien des Verbots von Verkäufen unter Selbstkosten und des Verbots von Diskriminierung kamen entgegen der Verfassung ³⁾ nicht im Gesetzestitel zum Ausdruck, begegnet die Rechtsprechung damit, daß es genüge, wenn sie durch Kennzeichnung als "unfair practices" sinngemäß Niederschlag gefunden hätten ⁴⁾.

Der Rüge, die Vorschriften zur Ermittlung der Selbstkosten seien zu wenig bestimmt und versagten insbesondere bei Mehrproduktunternehmen, hält die Rechtsprechung entgegen: Es sei vom Normalfall auszugehen, bei dem eine annähernde Kostenermittlung möglich sei. Der Gesetzgeber werde überfordert, wenn er auch für eine Minderheit von Fällen alle möglicherweise auftauchenden Schwierigkeiten lösen sollte. Weiter stelle sich die Berechnung der Selbstkosten nicht als rechtliches, sondern als tatsächliches Problem dar. Ein Gesetz dürfe nicht allein deswegen für verfassungswidrig erklärt werden, weil bei der Anwendung seiner Vorschriften faktische Schwierigkeiten entstehen könnten ⁵⁾.

Den Bedenken, der Gesetzgeber nehme durch die Vermutung der Absicht der Wettbewerbsbeschränkung mit der einen Hand das weg, was er mit der anderen gege-

1) 291 U. S. 502, 78 L. Ed. 940, 54 S. Ct. 505, 89 A. L. R. 1469 (1934).

2) *Wholesale Tobacco Dealers Bureau v. National Candy Tobacco Co.*, 11 C. 2d 634 (658), 82 P. 2d 3 (17), 118 A. L. R. 486 (502) (1938).

3) Const. Cal. Art. 4, § 24.

4) *People v. Black's Food Store*, 16 C. 2d 59 (61), 105 P. 2d 361 (362) (1940).

5) "We are of the opinion, however, that the difficulty will be a factual one, that of discovering the cost, as a truth, and not a legal one, that of discovering what the legislature meant by the term. A statute is, of course, not to be declared invalid because of any difficulty that may arise in applying its provisions". *People v. Kahn*, 19 C. A. 2d Supp. 758 (765), 60 P. 2d 596 (599) (1936).

ben habe, und verrücke aus praktischen Erwägungen den Grundsatz, daß jeder so lange als schuldlos zu gelten habe, bis er schuldig befunden werde, räumt die Rechtsprechung mit dem Argument aus: Wer andere durch Verlustpreisstellungen schädige, handele regelmäßig auch "for the purpose of injuring competitors or destroying competition". Zwischen Unterkostenverkauf nebst schädigendem Erfolg einerseits und der gesetzlichen Vermutung andererseits bestehe eine vernünftige Beziehung. Keine Partei werde der Möglichkeit angemessener Verteidigung beraubt ¹⁾.

Eine Stellungnahme zu der Frage, ob die Selbstkostengrenze eine geeignete Preisuntergrenze sei, lehnt die kalifornische Rechtsprechung mit der Begründung ab, es handele sich dabei nicht um eine Rechts-, sondern um eine Wirtschaftsfrage, über die sie nicht zu befinden habe ²⁾.

V. INHALT DES VERBOTS VON DISKRIMINIERUNG UND GEHEIMRABATTEN

Nach Auffassung des kalifornischen Gesetzgebers gehören neben den geschilderten Arten der Preisgestaltung unter Selbstkosten bestimmte Formen von Diskriminierung und Geheimrabatten zu den Praktiken, durch die "fair and honest competition" beeinträchtigt wird. Sie interessieren deshalb, weil sie, wenn auch nicht notwendig, so doch häufig mit Kostenunterschreitungen Hand in Hand gehen,

1. "Locality discrimination"

Die etwas kompliziert gefaßte Vorschrift des § 17040 B. & P. C. untersagt, wenn man vom subjektiven Tatbestandsmerkmal absieht, die Schaffung von "locality

1) "Having in mind the purpose of the act... we are convinced that... there is a rational relationship between the facts proved and the ultimate fact presumed, and that the presumption of intent to injure competitors or destroy competition... does not operate to deprive a party of a reasonable opportunity to present the pertinent facts in his defense". *Mering v. Yolo Grocery & Meat Market*, 127 P.2d 985 (993) (1942), hearing dismissed.

2) Dazu unten S. 75-78.

discriminations". Trotz der Verwendung eines geographischen Ausdrucks ist nichts anderes gemeint als ein Verbot unterschiedlicher Behandlung im Preis (§ 17031 B. & P. C.)¹⁾. Allerdings gilt dies nicht schlechthin. Preisunterschiede, die Qualität, Menge oder Lieferung berücksichtigen, sind erlaubt, soweit sie durch Kosten für Herstellung, Verkauf oder Lieferung verursacht worden sind (§ 17041 B. & P. C.). Gestattet sind auch Kundenauswahl, Einteilung in Berufsgruppen und unterschiedliche Behandlung im Preis von in verschiedene Berufsgruppen eingeteilten Kunden (§ 17042 B. & P. C.).

Ebenso wie "sales below cost" sind auch "locality discriminations" nicht schlechthin rechtswidrig. Hinzukommen muß "the intent to destroy the competition of any regular established dealer or to prevent the competition of any person who in good faith, intends and attempts to become such a dealer". Dem Wortlaut nach stimmt dieses subjektive Tatbestandsmerkmal mit dem des § 17043 B. & P. C. insofern nicht überein, als § 17043 B. & P. C. die Absicht verlangt, Mitbewerber zu "schädigen", § 17040 B. & P. C. dagegen, die Teilnahme eines Händlers am Wettbewerb zu "vernichten" bzw. zu "verhindern". Wie dem § 17071 B. & P. C. zu entnehmen ist, läuft dies jedoch materiell auf keinen Unterschied hinaus: Der Nachweis sachlich nicht gerechtfertigter unterschiedlicher Behandlung im Preis nebst dem Beweis eines dadurch entstandenen Schadens ist wie bei "sales below cost" Indizienbeweis für die Absicht der Wettbewerbsbeeinträchtigung.

Ein Vergleich der im Grundtatbestand der Diskriminierung verwendeten Formulierung (§ 17040 B. & P. C.) mit den in den Ausnahmetatbeständen gebrauchten Wendungen (§§ 17041, 17042 B. & P. C.) läßt erkennen, daß den Kläger die Darlegungs- und Beweislast dafür trifft, daß eine unterschiedliche Behandlung im Preis sachlich ungerechtfertigt ist²⁾. Da dieser Nachweis äußerst schwierig zu führen ist, haben die Diskriminierungsvorschriften des CUPA in der Praxis keine Bedeutung gewonnen. Der einzige Fall, der bekannt wurde, lag so: A, Inhaber eines Schreibwarengeschäfts, behauptet, Großhändler B gewähre allen Einzelhändlern außer ihm Rabattvergünstigungen³⁾. Daß die unterschiedliche Rabattgewährung sachlich unberechtigt war, konnte A nicht beweisen. Folglich ging der Prozeß

-
- 1) "Despite the use of geograhical terms, locality discrimination appears to mean nothing more or less than price discrimination". Carver, § 8, 23.
 - 2) Carver, § 8, 25.
 - 3) Green v. Grimes-Stassfoth Stationery Co., 39 C. A. 2d 52, 102 P. 2d 452 (1940).

für ihn verloren ¹⁾. Diese für den Kläger ungünstige Beweislastverteilung hat dazu geführt, daß man im Schrifttum von den Diskriminierungsvorschriften als einem "dead letter" spricht ²⁾.

In der Praxis wird diesem Übelstand dadurch abgeholfen, daß man in Kalifornien eine Klage, sofern nur zwischenstaatlicher Handel betroffen ist, auf § 2 (a) Robinson Patman-Act stützt. Im Rahmen dieser Vorschrift obliegt dem Beklagten der Beweis, daß die unterschiedliche Behandlung im Preis sachlich gerechtfertigt ist (§ 2 (b) Robinson Patman-Act).

2. "Secret rebates"

Während mit dem Verbot der Diskriminierung preisliche Andersbehandlung gleichartiger Geschäftspartner ausgeschaltet werden soll, will der kalifornische Gesetzgeber mit einem Verbot geheimer Rückvergütungen und Nachlässe vornehmlich einer Irreführung von Mitbewerbern vorbeugen. Er sieht die Gewährung von Geheimrabatten als so wettbewerbszersetzend an, daß er im Gegensatz zu den Bestimmungen über "sales below cost", "gifts" und "discriminations" ausschließlich auf die Wirkung abstellt und in § 17045 B. & P. C. festlegt: Die geheime Zahlung oder der geheime Nachlaß von Rabatten, Rückvergütungen oder von nicht verdienten Abschlägen, sei es in Form von Geld oder in anderer Weise, oder die geheime Gewährung von besonderen Dienstleistungen oder Privilegien, die nicht allen vergleichbaren Abnehmern gewährt werden, ist ungesetzlich, wenn ein Wettbewerber beeinträchtigt wird und die Zahlung oder der Nachlaß dahin tendiert, den Wettbewerb zu zerstören. Maßgebend sind also: Heimlichkeit der Preisnachlässe, Beeinträchtigung eines Mitbewerbers, Tendenz der Wettbewerbsbeeinträchtigung. Zur Veranschaulichung ein Beispiel aus Kentucky: Ein Hersteller von Speiseeis gewährt "fliegenden Händlern" Rückvergütungen, um sie zu veranlassen, bei ihm und nicht beim Konkurrenten B zu kaufen, wobei kein Abnehmer erfährt, wieviel Nachlaß einem anderen Händler eingeräumt wird. Das Gericht hielt die mit § 17045 B. & P. C. wörtlich übereinstim-

-
- 1) "The complaint fails to allege that the respondents sold to other dealers in the same quantities as are here involved at a discount, and fails to allege that the price differences which are alleged were not based on differences in grade, quality or quantity. This was an essential allegation". Id. 39 C. A. 2d 52 (56), 102 P. 2d 452 (455).
 - 2) "As a result of Green, the Unfair Practices Act is virtually a dead letter in price discrimination cases". Carver, § 8, 25.

mende Vorschrift des Kentucky Unfair Practices Act ¹⁾ selbst dann für erfüllt, wenn man - wie beim "loss leader" - über den Gesetzeswortlaut hinaus das Vorliegen der Absicht der Wettbewerbsbeeinträchtigung verlangen wollte ²⁾.

VI. AUSNAHMEN UND DURCHSETZUNG DES CUPA

1. Ausnahmen

Alle einzelstaatlichen Unfair Practices Acts sehen von den Verbotstatbeständen des Verkaufs unter Selbstkosten und der Diskriminierung Ausnahmen vor. Die im CUPA freigestellten Fälle sind in § 17050 B. & P. C. aufgezählt. Danach findet das Gesetz keine Anwendung auf Schlußverkäufe, verderbliche Waren und Saisonartikel, beschädigte oder verschlechterte Güter, öffentliche Versteigerungen und Anpassungswettbewerb. Dogmatisch gesehen handelt es sich bei diesen Ausnahmen um Einwendungen, mit denen das subjektive Tatbestandsmerkmal "purpose of injuring competitors or destroying competition" entkräftet wird ³⁾.

Schlußverkauf setzt voraus, daß nicht nur ein bestimmtes Geschäft, sondern der gesamte Handel eines Unternehmens in der betreffenden Sparte aufgegeben wird. Sinn dieser Forderung ist wohl, daß der CUPA nicht durch ständiges Öffnen und Schließen von Geschäften umgangen wird.

Anpassungswettbewerb muß vorgenommen werden "in an endeavor made in good faith to meet the legal prices of a competitor selling the same article or product". Zur Erläuterung ein Beispiel: Lebensmittelhändler A steht im Konkurrenzkampf mit einer Zweigniederlassung des großen amerikanischen Lebensmittelfilialunternehmens Safeway, das Kaffee, Zucker und Öl als Safeway-Markenwaren erheblich billiger verkauft als A. A gleicht seine Preise für diese Waren nach sechs Wochen an, gerät dabei unter die Selbstkostengrenze und wird seinerseits von Mitbewerber B auf Unterlassung und Schadensersatz wegen "sales below cost" in Anspruch ge-

1) § 365, 050; abgedruckt in CCH Trade Reg. Rep. Vol. 4, 32, 030, 04.

2) Jefferson Ice & Fuel Co. v. Grocers Ice & Cold Storage Co., 286 S. W. 2d 80 (83), 54 A. L. R. 2d 1181 (1186), 1955 Trade Cases, § 68, 154 (70, 750).

3) Carver, § 8, 84.

nommen ¹⁾. Folgende Probleme tauchten auf: Verkauft A "dieselben" Waren wie Safeway? Ist er bestrebt, in "legale" Preise eines Mitbewerbers einzutreten? Erfolgt seine Anpassung "rechtzeitig"?

Die Rechtsprechung bejahte alle drei Fragen. Der Gesetzeszweck gehe auch dahin, den kleinen Geschäftsmann vor solchen Unternehmen zu schützen, die Waren preisgünstig einkaufen und als eigene Markenwaren weiterveräußern könnten. Dieser Schutzgedanke verlange es, daß der Begriff "the same product or article" weit ausgelegt und nicht nur im Sinne von "identisch", sondern auch in der Bedeutung von "ähnlich" oder "vergleichbar" verstanden werde. Bei dem Merkmal "Bestreben, in rechtmäßige Preise eines Mitbewerbers einzutreten" liege der Akzent weniger auf "legal" als auf "Bestreben", weshalb Eintritt in absolut legale Preise nicht erforderlich sei ²⁾. Eine Zeitspanne von sechs Wochen schließe rechtmäßigen Anpassungswettbewerb nicht aus. Der Unternehmer müsse sich vergewissern können, ob sein Geschäft den Preiskampf durchstehen werde. Auch sei es möglich, daß der Mitbewerber seine Preissenkungen wieder rückgängig mache ³⁾.

Anders ist die Rechtslage, sobald ein Unternehmen erfährt, daß die "Rekordpreise" eines Mitbewerbers die Selbstkosten unterschreiten. Der gute Glaube, in niedrigere legale Preise einzutreten, wird damit zerstört; der Einwand, an Konkurrenten keine Kunden verlieren zu wollen, reicht nicht aus ⁴⁾. Wirksame Verteidigung ist jetzt nur noch im Wege der Klage möglich ⁵⁾. Darüber war ein Unternehmen in Minnesota zu belehren, das vom "Department of Business" (Wirtschaftsministerium) auf die Illegalität niedrigerer Konkurrenzpreise hingewiesen worden war ⁶⁾.

1) Northern California Food Dealers, Inc. v. Farmers Market of Northern California, 1956 Trade Cases § 68,402 (Cal. Super. Ct. 1956).

2) People v. Pay Less Drug Store, 25 C. 2d 108 (117), 153 P. 2d 9 (14) (1944).

3) "The Act is to be liberally construed, and, in so construing the Act, a sale made six weeks after a competitor's sale is made in good faith to meet competition and does not violate the Act". Id., 1956 Trade Cases § 68,402 (71, 723).

4) People v. Wong. 1950-1951 Trade Cases § 62,624 (63, 815) (Cal. Super. Ct. 1950).

5) Dazu unten S. 66.

6) "The defense of meeting competition was not available to a Minnesota retailer who had knowledge, through a telegram from the State of Minnesota, that the prices of the competitors in question were not legitimate". State v. Robnan, Inc., 1960 Trade Cases § 69,809 (77, 165) (Minn. Dist. Ct. 1960).

Im Fall *Kofsky v. Smart & Final Iris Co.* ¹⁾ war die Frage zu klären, ob sich ein Verlustpreisverkäufer mit Erfolg auf die "unclean hands"-Theorie berufen kann: Tabakgroßhändler A, der selbst bestimmte Zigarettenmarken unter Selbstkosten vertrieb, klagte gegen Tabakgroßhändler B wegen "sales below cost" auf Unterlassung. Das Gericht lehnte eine Anwendung der "unclean hands"-Theorie ab mit der Begründung, daß es erklärter Zweck des Gesetzes sei, unlautere Praktiken zu unterbinden. Die Verwirklichung dieses Gesetzeszieles sei nur dann sichergestellt, wenn beide Beteiligten die Möglichkeit eines Vorgehens behielten. Andernfalls bestehe die Gefahr, daß der gesetzeswidrige Zustand sanktioniert werde ²⁾.

Im Ausnahmekatalog des § 17050 B. & P. C. sind weder "clearance sales" (Räumungsverkäufe) noch "sales for charitable purposes" (Verkäufe zu karitativen Zwecken) noch "accommodation sales" (Gefälligkeitsverkäufe unter Geschäftsleuten) aufgeführt. Daraus darf gefolgert werden, daß solche Veräußerungen den allgemeinen Regeln unterworfen sein sollen. Insgesamt kann der geringen Zahl der Ausnahmetatbestände entnommen werden, daß dem kalifornischen Gesetzgeber an möglichst straffer Durchführung des CUPA gelegen ist ³⁾.

2. Durchsetzung

Klageberechtigt sind nach § 17070 B. & P. C. Personen und Wirtschaftsverbände. Letztere können sowohl im eigenen Namen wie im Namen der Mitglieder klagen ⁴⁾. Ihr Klagerecht trägt wesentlich dazu bei, die Durchsetzung des Gesetzes zu erleichtern. Denn für den einzelnen Geschäftsmann gestaltet sich die Feststellung, wann ein Mitbewerber unter Kosten verkauft, meist schwierig. Ein Wirt-

1) 131 C. A. 2d 530, 281 P. 2d 5 (1955).

2) "It is settled that the equitable rule that "he who comes into equity must come with clean hands", has no application where the failure to restrain an act because the parties are in *pari delicto* would result in permitting an act declared by statute to be void or against public policy... Therefore, ... it is immaterial so far as the present proceedings are concerned whether plaintiff had unclean hands or not". *Id.* 131 A. C. 2d 530 (532), 281 P. 2d 5 (7).

3) Eine Übersicht über die Ausnahmetatbestände in den anderen Einzelstaaten findet sich in CCH Trade Reg. Rep. Vol. 2, § 6661-6681.

4) *Better Business Bureau of Los Angeles v. Consolidated Appliance Dealers of California* (Cal. Super, Ct. 1940). quoted in CCH Trade Reg. Rep. Vol. 2, § 6803. 05.

schaftsverband verfügt dagegen über umfangreiche Kostenstatistiken, über gute Vergleichsmöglichkeiten und vor allem über machtpolitische Möglichkeiten ¹⁾. Darauf, daß dies auf der anderen Seite die Gefahr der Einflußnahme auf die Preispolitik mit sich bringt, wurde hingewiesen ²⁾.

Problematisch war lange Zeit, ob der Staat als klageberechtigt angesehen werden könne. Dagegen scheint der Wortlaut des Gesetzes zu sprechen (§§ 17070, 17021 B. & P. C.), ferner der Umstand, daß der Staat im Gegensatz zum CUPA in anderen Gesetzen ³⁾ als klagebefugt bezeichnet wird ⁴⁾. Das Gericht, das zu entscheiden hatte, hob indes mit Stimmenmehrheit hervor, daß die Gesetze, die die Klageberechtigung des Staates aussprächen, meist jüngeren Datums seien als der CUPA und daß das öffentliche Interesse an der Unterlassung unlauterer Praktiken nur dann sichergestellt sei, wenn auch der Staat die Befugnis zur Klage habe ⁵⁾.

Passiv legitimiert ist der Geschäftsinhaber, d. h. die Person, in deren Namen die beanstandeten Verkäufe erfolgen. Die meisten einzelstaatlichen Unfair Sales Acts sehen darüber hinaus die Verantwortlichkeit der Personen vor, die bei der Gesetzesverletzung mitwirken ⁶⁾. So ist es auch in Kalifornien. Mitverantwortlich sind alle Personen, die - als Direktoren, Vorstandsmitglieder oder Bevollmächtigte - eine Gesetzesverletzung unmittelbar oder mittelbar unterstützen (§ 17095 B. & P. C.). Sie müssen sich die rechtswidrige Absicht des Unternehmens zurechnen lassen (§ 17096 B. & P. C.).

Wichtigster Rechtsbehelf ist die Klage auf Unterlassung (§ 17070 B. & P. C.). Soweit der Kläger geschädigt ist, kann er als Ersatz das Dreifache seines Schadens verlangen (§§ 17070, 17082 B. & P. C.). Diese Schadensregelung ist jüngeren

1) Callmann, § 27.7 (a).

2) Oben S. 44 f.

3) z. B. im Gesetz gegen unlautere Werbung von 1941, § 17535 Abs. 2 B. & P. C.

4) *People v. Centr-O-Mart*, 34 C. 2d 702 (706), 214 P. 2d 378 (381), 1950 Trade Cases § 62, 567 (63, 664) (dissenting opinion) (1950).

5) "In accord with the universal rule, and the foregoing authorities, we are of the opinion that there is nothing in the Unfair Practices Act to lead to the conclusion that the Legislature intended to exclude the state, acting through its duly elected officers, from enforcing its provisions in the interest of the public welfare". *Id.* 34 C. 2d 702 (705), 214 P. 2d 378 (380), 1950-1951 Trade Cases § 62, 567 (63, 664).

6) Callmann, § 27.7 (b).

Datums ¹⁾ und lehnt sich an die Bestimmungen anderer Einzelstaaten an. Jede Gesetzesverletzung ist weiter ein Vergehen, welches mit Geldstrafe bis zu 1000 Dollar, Gefängnis bis zu 6 Monaten oder mit beiden Strafarten belegt werden kann (§ 17100 B. & P. C.). Schließlich sind alle Verträge, die unter Verletzung des CUPA geschlossen werden, nichtig (§ 17051 B. & P. C.).

VII. SONDERREGELUNGEN FÜR DEN BEREICH DER MILCHWIRTSCHAFT

Die Mehrzahl der amerikanischen Einzelstaaten mit Unfair Practices Acts erließ neben den allgemeinen Bestimmungen Sonderregelungen für gewisse Waren wie Milch, Molkereiprodukte, Spirituosen und Zigaretten ²⁾. Diese zeichnen sich dadurch aus, daß in ihnen strengere Maßstäbe angelegt werden als in den Grundregeln. Kalifornien hat Sonderregelungen für den Bereich der Milchwirtschaft erlassen. Sie finden sich in Division 6, Kapitel 16 des Agricultural Code (Marketing of Milk and Other Dairy Products) ³⁾, gehen auf das Jahr 1935 zurück ⁴⁾ und behandeln den Absatz von "milk", "cream" und "dairy products". Sie gehen dem CUPA im Range vor (§ 4150 Abs. 2 A. C.). Zum Milk Stabilization Act ⁵⁾, der die Errichtung von Mindestpreisen für Milch und Sahne durch den Landwirtschaftsminister vorsieht, stehen sie im Verhältnis der Subsidiarität, d. h. sie greifen ein, wenn und soweit die Bestimmungen jenes Gesetzes keine Anwendung finden (§ 4150 Abs. 1 A. C.). Einzelheiten der wettbewerbsrechtlichen Sonderregelung interessieren hier insoweit, als Unterkostenverkäufe, Diskriminierung und Geheimrabatte in Frage stehen.

1. "Sales below cost"

Nach den §§ 4135 Satz 1, 4125 A. C. sind Preisgestaltungen unter Selbstkosten bei

-
- 1) Baum, 12 Hastings L. J. 191, Note. Background and effect 1959 amendment, 34 S. Bar J. 585 (1959); West's § 17082.
 - 2) Anlage 3 = S. 97.
 - 3) Teilweiser Auszug in Anlage 4 = S. 103.
 - 4) Stats. 1935, ch. 401, p. 1447, § 1.
 - 5) Division 6 of the Agricultural Code, ch. 17 added by Stats. 1953, ch. 324, p. 1570, § 5.

Milch, Sahne und Molkereiprodukten 1) durch Hersteller, Großhändler und Einzelhändler schlechthin als unlautere Praktiken anzusehen.

- a) Für die Ermittlung der Selbstkosten gibt der Gesetzgeber wie im CUPA eine Reihe von Kostenbestimmungen. So setzen sich die Kosten für Hersteller und Großhändler zusammen aus "the cost of raw product, plus all costs of manufacturing, processing, handling, sale and delivery, including overhead costs" (§ 4135 Satz 2 Halbs. 1 A. C.) 2). Die Kosten eines Einzelhändlers umfassen die Kosten für die Beschaffung oder Wiederbeschaffung, je nachdem welche niedriger sind, sowie "the cost of doing business" (§ 4135 Satz 2 Halbs. 2 A. C.) 3). Was unter "overhead costs" und "costs of doing business" zu verstehen ist, sagt das Gesetz selbst nicht. Anhaltspunkte ergeben sich jedoch aus den vom Landwirtschaftsdirektor im Rahmen seiner Vollmacht (§ 4135 Satz 5 A. C.) aufgestellten Richtlinien (3 Adm. C. §§ 1800 ff.). Danach sind bei der Bestimmung der Selbstkosten u. a. zu berücksichtigen die Aufwendungen für: Lohn, Miete, Pacht, Steuern, Versicherungen, Werbung, Pasteurisierung, Kühlen, Mischen, Homogenisierung, Abpackung und Behälter.

Diese Kostenbestimmungen mögen detaillierter als die des CUPA sein. Das darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß bei der Ermittlung der Gesamtkosten für eine Rechnungsperiode sowie für die Berechnung des Anteils der Gesamtkosten auf eine Leistungseinheit im Grunde dieselben Probleme entstehen wie in jenem Gesetz 4). Dagegen ergeben sich, weil allein das objektive Merkmal des Unterkostenverkaufs maßgebend ist, keine Schwierigkeiten in bezug auf "purpose of injuring competitors or destroying competition". Die Frage, ob die Selbstkosten eine brauchbare Preisuntergrenze sind, bleibt indes auch hier im Raum 5).

- b) Im Gegensatz zum CUPA wurde eine Fülle von Bestimmungen gegen verdeckte Preisgestaltungen unter Selbstkosten erlassen. Die wichtigsten sind:

In Zusammenhang mit dem Verkauf von Milch, Sahne und Molkereiprodukten

-
- 1) § 4101 Satz 2 A. C.: Molkereiprodukte sind aus Milch hergestellte Waren wie Milchgetränke, Eiskrem, Butter, Käse, Eierlikör, Joghurt.
 - 2) Entspricht § 17026 Abs. 1 und 2 B. & P. C.
 - 3) Entspricht § 17026 Abs. 2 B. & P. C.
 - 4) Oben S. 36-42.
 - 5) Dazu unten S. 75-78.

ten dürfen andere Waren zum Zweck der Kundenwerbung nicht unter dem Einstandspreis abgegeben werden (§ 4134 A. C.). Zum Zweck der Kundenwerbung dürfen Milch, Sahne und Molkereiprodukte auch nicht verschenkt werden (§§ 4126, 5, 4127 Satz 1 A. C.).

Ein Großhändler oder Eiskremhersteller darf neue Einrichtungsgegenstände an Kunden nur zum üblichen Listenpreis verkaufen (§ 4140 A. C.). Die Bezahlung hat in bar - oder bei Barzahlung von wenigstens einem Drittel - in monatlichen Raten von nicht mehr als 18 Monaten zu erfolgen (§ 4139 A. C.).

Kein Großhändler darf die Werbung durch oder für einen Kunden finanziell unterstützen (§§ 4129 A. C. ; 3 Adm. C. § 1851); Warenproben dürfen nur in Gegenwart des Großhändlers bzw. seines Stellvertreters und nur in üblicher Menge verabfolgt werden (§ 3 Adm. C. §§ 1852, 1853).

Kein Erzeuger, Hersteller, Großhändler oder Vertreter dieser Personen darf an Kunden oder erwartete Kunden Darlehen gewähren, verlängern oder erneuern (§§ 4137, 4126, 5 A. C. ; 3 Adm. C. § 1880); er darf Kunden keine finanzielle Unterstützung gewähren durch Übernahme von Bürgschaften, Unterzeichnen von Schuldverpflichtungen, Hinterlegung von Geld oder durch Pfandbestellung (§§ 4126, 5, 4128, 4137 A. C. ; 3 Adm. C. § 1881); er darf keine Wertpapiere erwerben, sofern ein solcher Erwerb zur Gewährung von Kundenkredit führt (§§ 4126, 5, 4127, 4128, 4137; 3 Adm. C. § 1882). Kein Großhändler darf Kunden Kredit über mehr als 60 Tage gewähren (§§ 4128, 4137, 4141 A. C. ; 3 Adm. C. § 1883); er darf ihnen auf andere Waren als Milch, Sahne und Molkereiprodukte nicht günstigere Bedingungen einräumen, als das allgemein üblich ist (§§ 4128, 4137, 4141 A. C. ; 3 Adm. C. § 1885); er darf das von einem Kunden erworbene Eigentum an diesen nicht unter Preis vermieten, verpachten oder wiederverkaufen (§§ 4137, 4141 A. C. ; 3 Adm. C. § 1888); er darf Grundeigentum an Kunden nur zum gewöhnlichen Handelswert verkaufen, unter für Abzahlungskäufe üblichen Bedingungen und unter der Voraussetzung, daß der Käufer dafür nicht zur Abnahme von Milch, Sahne oder Molkereiprodukten verpflichtet ist (§§ 4127, 4137 A. C. ; 3 Adm. C. § 1889); gleiches gilt für Miete und Pacht von Grundeigentum (§§ 4127, 4137 A. C. ; Adm. C. § 1890).

Es ist müßig, der Frage nachzugehen, ob mit diesen Einschränkungen alle Umgehungsmöglichkeiten des *sale below cost*-Verbotes ausgeschaltet sind. Die Aufzählung soll nicht mehr als einen Eindruck von der Vielfalt der Bestimmungen vermitteln, die der kalifornische Gesetzgeber für erforderlich halt, um die Durchsetzung seines Gedankengutes auf dem Bereich der Milchwirtschaft sicherzustellen,

- c) Das absolute Verbot von Unterkostenverkäufen für Milch, Sahne und Molkereiprodukte ist in Kalifornien bislang nicht Gegenstand verfassungsrechtlicher Überprüfung geworden. Die Übereinstimmung mit der kalifornischen Verfassung dürfte sich indes mit der Überlegung rechtfertigen, daß das Gesetz im Hinblick auf die Schwere seines Eingriffes in die persönliche Freiheit zwischen dem Verbotstatbestand des CUPA und dem des Milk Stabilization Act liegt. Die Vorschrift des § 4135 A.C. führt zu einer größeren Freiheitsbeschränkung als § 17043 B. & P.C., da sie ohne Rücksicht auf subjektive Einstellung eingreift. Sie bringt aber einen weniger schweren Freiheitsentzug als der Milk Stabilization Act mit sich, weil die Selbstkostengrenze regelmäßig unterhalb der Mindestpreisgrenze liegt.

2. "Price discrimination" und "secret rebates"

Die Vorschrift des § 4133 A.C. untersagt preisliche Andersbehandlung von Großhandelskunden und Verbrauchern in bezug auf Milch, Sahne und Molkereiprodukte, sofern die Wirkung einer solchen Behandlung geeignet ist, den Wettbewerb wesentlich zu mindern oder ihn zwischen dem Diskriminierenden und einem Mitbewerber zu beeinträchtigen. Diese Bestimmung unterscheidet sich von § 17040 B. & P.C. dadurch, daß sie neben der Andersbehandlung im Preis nicht auf Absicht, sondern auf Erfolg abstellt. Da Erfolg eher meßbar ist als Absicht, ist das Diskriminierungsverbot des § 4133 A.C. schärfer als das des § 17045 B. & P.C. Auch hier zeigt sich eine Abstufung.

Nach § 4126 A.C. sind Zahlung, Nachlaß, Entgegennahme von Geheimrabatten, geheime Rückvergütungen oder nicht verdiente Abschläge, sei es in Form von Geld oder auf andere Weise, unlauter. Im Unterschied zur Parallelvorschrift des § 17045 B. & P.C. kommt es nicht darauf an, ob ein Mitbewerber beeinträchtigt wird und die Zahlung oder der Nachlaß dahin tendiert, den Wettbewerb zu zerstören. Die Sonderregelung stellt wiederum die strengeren Anforderungen.

3. Ausnahmen und Durchsetzung

Die einzige bedeutsame Verteidigung ist die des Anpassungswettbewerbs. Der Beklagte hat wie in § 17050 (d) B. & P.C. darzulegen und notfalls zu beweisen, daß er in gutem Glauben in niedrigere legale Konkurrenzpreise eintritt (§ 4141 Satz 1 A.C.). Bei Marktordnungswaren wie Milch, Sahne und Molkereierzeugnissen ist dieser Nachweis besonders schwierig.

Durchgesetzt wird das Sondergesetz vom Landwirtschaftsdirektor, der ermächtigt ist, auf Unterlassung von Gesetzesverletzungen zu klagen (§ 4182 A. C.) und die für jede Verletzung bis zur Höhe von 500 Dollar verfallene Geldbuße einzufordern (§§ 4181, 4195 A. C.). Darüber hinaus stellt sich jede Gesetzesverletzung als Vergehen dar, das mit Geldstrafe von 50 bis 500 Dollar, Gefängnis bis zu 6 Monaten oder mit beiden Strafarten geahndet werden kann (§ 4180 A. C.). In allen Fällen sind die Personen mitverantwortlich, die bei der Gesetzesverletzung mitwirken (§§ 4142, 4111 A. C.).

VIII. ZUSAMMENFASSUNG

Nach kalifornischem Recht sind Unterkostenverkäufe und Umsonstabgaben unzulässig, wenn sie in der Absicht vorgenommen werden, Mitbewerber wesentlich zu schädigen oder die Wettbewerbsatmosphäre wesentlich zu beeinträchtigen. Der Nachweis eines Unterkostenverkaufs oder einer Umsonstabgabe in Verbindung mit dem Beweis, daß ein Mitbewerber geschädigt wird, ist dabei Indizienbeweis für das Vorliegen des subjektiven Tatbestandsmerkmals. Diese Beweisumkehr strahlt so starke psychologische Wirkung aus, daß der kalifornische Geschäftsmann weitgehend von Unterkostenverkäufen Abstand nimmt. Hinzu kommt, daß Gesetzesverletzungen mit Strafe bedroht sind und sich auch die trade associations an der Durchsetzung des Gesetzes beteiligen können. Das bedeutet, daß auch die in Deutschland als problematisch angesehene Mischkalkulation - mit Unterschreitung der Selbstkostengrenze - nach kalifornischem Recht praktisch ausgeschaltet ist.

Umgehungen des sales below cost-Verbotes durch Rabattgewährung oder Gutscheineverteilung sind unstatthaft. Ungeklärt ist die Frage der Zulässigkeit von Koppungsgeschäften; während die Mehrzahl der amerikanischen Einzelstaaten auf den Gesamtpreis abstellt, bezieht unsere kalifornische Rechtsprechung das Verbot von Unterkostenverkäufen nicht auf mehrere zu einem Gesamtpreis zusammengefaßte Waren, sondern auf jede einzelne Ware bzw. auf Sachgesamtheiten.

Neben dem allgemeinen sales below cost-Verbot gibt es in Kalifornien wettbewerbsrechtliche Sonderregelungen für Milch, Sahne und Molkereiprodukte. Bei diesen Artikeln ist eine Preisgestaltung unter Selbstkosten schlechthin untersagt.

Die Ermittlung der Selbstkosten gilt als eines der "most troublesome problems" im ganzen Wettbewerbsrecht. Zur Erleichterung der Kostenberechnung sind im CUPA "markups", "presumptive evidences" und "cost surveys" vorgesehen. Diese

"Kostenvermutungen" werden überwiegend negativ beurteilt mit dem Hinweis, daß hier der Grund für eine Erstarrung des Preisgefüges gelegt werde. Besonders heftiger Kritik sind die Kostenübersichten ausgesetzt, deren Erstellung durch die trade associations keinen strengen Kontrollen unterliegt. Die Literatur sieht darin die Gefahr, daß die Wirtschaftsverbände auf die Fixierung der einzelnen Kostenansätze in unsachlicher Weise Einfluß nehmen.

Die Verfassungsmäßigkeit des CUPA wird von der Rechtsprechung damit bejaht, daß zwischen gesetzgeberischem Zweck und gesetzgeberischen Mitteln eine vernünftige Beziehung bestehe. Eine Stellungnahme zu der betriebswirtschaftlich interessanten Frage, ob die Selbstkostengrenze eine geeignete Preisuntergrenze ist, lehnt die Rechtsprechung mit dem Hinweis ab, daß es sich hierbei um keine Rechtsfrage, sondern um eine wirtschaftswissenschaftliche Frage handele.

Die im CUPA niedergelegten Vorschriften gegen Praktiken von Diskriminierung und Geheimrabatten, die mit Unterkostenverkäufen zuweilen einhergehen, haben wegen der für den Kläger ungünstigen Beweislastverteilung keine praktische Bedeutung erlangt.

Nicht uninteressant ist die Tatsache, daß die von der kalifornischen Rechtsprechung für unzulässig erklärten Fälle von sales below cost zumeist auch unter ein deutsches Verbotsgesetz fallen würden.

3. KAPITEL

Rechtspolitische Erwägungen zur Schaffung einer deutschen Regelung gegen Unterkostenverkäufe

Eine deutsche Regelung gegen Preisgestaltungen unter Selbstkosten würde sich empfehlen, wenn eine solche Maßnahme für rechtmäßig und zweckmäßig erachtet werden kann.

I. RECHTMÄSSIGKEIT EINER REGELUNG GEGEN UNKOSTENVERKÄUFE

Die Schaffung einer deutschen Regelung gegen Preisunterbietungen mit Kostenunterschreitung braucht nicht an der Verfassung zu scheitern. Die in Art. 2 Abs. 1 GG verankerte allgemeine Handlungsfreiheit, die auch für den wirtschaftlichen Bereich gilt¹⁾, kann durch jede formell und materiell verfassungsmäßige Rechtsnorm eingeschränkt werden²⁾. Für eine wirksame materielle Einschränkung genügt es, daß sie zur Pflege und Förderung sozialen Zusammenlebens notwendig und bei dem gegebenen Sachverhalt allgemein zumutbar ist³⁾. Daß die deutsche Rechtsordnung die Ermittlung der Selbstkosten, das schwierigste Problem, nicht als juristisch unbrauchbares Kriterium ansieht, folgt einmal aus der Verordnung über den Wettbewerb⁴⁾, die an die Selbstkostengrenze anknüpft. Weiter gehen die "Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten (LSP)"⁵⁾ davon aus, daß die Selbstkosten zureichend festgestellt werden können. Schließlich bestand in den Jahren 1954/55 ein Seifenkartell, das auf der Grundlage des Verbots von Verkäufen unter Selbstkosten aufbaute und allgemein als rechtmäßig angesehen wurde⁶⁾. Die rechtspolitischen Erwägungen spitzen sich deshalb auf die Frage zu, ob die Ein-

-
- 1) Hamann, Art. 2 Anm. B 3 (c) m. w. N.; Maunz-Dürig, Art. 2 Rdn. 11, 48; Nipperdey, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, S. 881.
 - 2) BVerfG vom 16. 1. 1957, BVerfGE 6, 32 (38); Leibholz/Rinck, Art. 2 Rdn. 5.
 - 3) BVerfG vom 20. 7. 1954, BVerfG 4, 7 (16) = NJW 1954, 1235 r. Sp.
 - 4) Oben S. 2, 17 f.
 - 5) Oben S. 2.
 - 6) Literatur zum Seifenkartell; Erhard, WuW 1953, 768; Fischer, WuW 1953, 657 (661); Günther, WuW 1953, 697; ders., WuW 1954, 544; Harz, WuW 1955, 775 (777).

führung eines Verbots von Verkäufen unter Selbstkosten zweckmäßig ist ¹⁾).

II. ZWECKMÄSSIGKEIT EINER REGELUNG GEGEN UNTERKOSTENVERKÄUFE

Die Frage der Zweckmäßigkeit einer Regelung gegen Unterkostenverkäufe soll unter betriebswirtschaftlichen, wirtschaftspolitischen und juristischen Aspekten betrachtet werden.

1. Betriebswirtschaftliche Problemkreise

Betriebswirtschaftlich gesehen sind die Selbstkosten keine geeignete Preisuntergrenze ²⁾. Das zeigt sich bereits am Einproduktunternehmen mit kurzfristig kalkulierter Preisuntergrenze ³⁾.

- a) Erhält ein Einproduktbetrieb einen isolierbaren Zusatzauftrag ⁴⁾, so lohnt sich seine Annahme, wenn der dafür erzielbare Preis größer oder gleich den sogenannten Grenzkosten ist ($p \geq K'$), d. h. den bei der Vergrößerung der Pro-

- 1) Die generelle Möglichkeit einer Regelung gegen Unterkostenverkäufe wird z. B. von Benkendorff, Der Wettbewerb, Sondernummer vom 1. 9. 1956, S. 14 (18 r. Sp.) bejaht.
- 2) Unter Preisuntergrenze ist der Preis einer Leistungseinheit zu verstehen, unterhalb dessen ein Betrieb der Realisierung seiner Zielsetzung näher käme, wenn er auf die fragliche Leistung verzichtete: Deppe, S. 104; Gutenberg II, S. 225 ff.; Raffée, S. 14; Schneider, Einführung II, S. 123 ff.; Schulz, Annalen der Betriebswirtschaft 1927, 347 (359) (zitiert nach Raffée, S. 13); Wöhe, S. 304 ff., 681.
- 3) Daß ein Einproduktunternehmen langfristig nur bei Deckung der durchschnittlichen Gesamtkosten existieren kann, liegt auf der Hand. Literatur zur langfristigen Preisuntergrenze: Schneider, Einführung II, S. 123; Wöhe, S. 305, 681.
- 4) Der für den zusätzlichen Auftrag verlangte Preis beeinflusst die Preise für die übrigen Aufträge nicht: Gutenberg II, S. 353.

duktionsmenge für die Herstellung der letzten Leistungseinheit verursachten Mehrkosten ¹⁾. Diese sind nicht identisch mit den Selbstkosten. Während nämlich die Selbstkostenrechnung die durchschnittlichen totalen Kosten einer Leistungseinheit angibt, wird mit Hilfe der Grenzkosten die Frage beantwortet, wie stark die Gesamtkosten steigen oder fallen, wenn die geplante Menge um eine Einheit vergrößert oder verkleinert wird. Mit Kenntnis der Gesamtdurchschnittskosten ist dem Betrieb bei der Frage, ob er einen Zusatzauftrag annehmen kann oder ablehnen muß, nicht geholfen.

Aber auch die Grenzkosten sind für den Einproduktbetrieb keine geeignete Preisuntergrenze. Das zeigt sich, wenn der Unternehmer vor das Problem der Annahme oder Ablehnung eines nicht isolierbaren Zusatzauftrages gestellt wird ²⁾. Hier muß der Preis des zusätzlichen Auftrages nicht nur die Grenzkosten, sondern auch die Stückerlösminderungen decken, die durch einen Rückgang des Preises für die bisherigen Aufträge dadurch verursacht werden, daß die Ausbringungsmenge steigt.

Sieht sich ein Einproduktunternehmen vor die Frage der Stilllegung oder Weiterproduktion gestellt (Saisonartikel), so ist die Fortführung der Produktion betriebswirtschaftlich dann gerechtfertigt, wenn der Preis einer Leistungseinheit größer oder gleich den durchschnittlichen variablen Kosten ist ($p \geq K_v$) ³⁾. Das sind die auf das Stück bezogenen, in bezug auf die Produktmenge veränderlichen Kosten (Material, Lohn) ⁴⁾. Von den Selbstkosten unterscheiden sich die variablen Kosten dadurch, daß sie die auf ein Stück entfallenden fixen Kosten (Pacht, Versicherung, Steuern) nicht mitumfassen. Sie brauchen das nicht, weil der Betrieb seine konstanten Kosten auch dann tragen müßte, wenn nichts produziert würde ⁵⁾. Mit den Grenzkosten sind die variablen Kosten nicht identisch, weil sie nicht die Frage nach den Zuwachskosten für die nächste Leistungseinheit, sondern die Frage nach den von der Leistungsmenge abhängigen Kosten beantworten ⁶⁾. Werden durch die Weiterproduktion Still-

-
- 1) Mellerowicz, S. 366; Schneider, Einführung II, S. 100; v. Stackelberg, S. 52; Wöhe, 249.
 - 2) Beim nicht isolierbaren Zusatzauftrag ist der Preis des zusätzlich hereingenommenen Auftrages auf die Preise der übrigen Aufträge nicht ohne Wirkung; Gutenberg II, S. 353.
 - 3) Schneider, Einführung II, S. 104 ff.; Wöhe, S. 306.
 - 4) Schneider, Einführung II, S. 98.
 - 5) v. Stackelberg, S. 55.
 - 6) Eine graphische Gegenüberstellung von Selbstkosten, Grenzkosten und variablen Kosten findet sich bei Schneider, Einführung II, S. 106.

legungs- oder Wiederinstandsetzungskosten vermieden, verschiebt sich die Preisuntergrenze noch unter die variablen Kosten und liegt bei der Differenz von variablen Kosten und Stilllegungskosten ($p \geq K_v - \frac{s}{x}$).

Befindet sich ein Einproduktunternehmen in einer Liquiditätsklemme, sind weder die Selbstkosten noch die Grenzkosten noch die variablen Kosten taugliche Maßstäbe für die Ermittlung der Preisuntergrenze. Liquidität ist ein Zeitpunkt/Deckungsproblem. Die Preisuntergrenze liegt bei der Summe der mit der Produktion und dem Vertrieb verbundenen ausgabewirksamen Kosten (Kassenabgänge) ¹⁾.

- b) Beim Mehrproduktunternehmen lassen sich für die Ermittlung der Preisuntergrenze überhaupt keine festen betriebswirtschaftlichen Regeln aufstellen. Sein Ziel besteht nicht darin, mit einzelnen Waren, sondern mit dem gesamten Verkaufsprogramm ein möglichst günstiges Betriebsergebnis zu erzielen ²⁾. Dabei kann es richtiger Preispolitik entsprechen, das Sortiment in der Weise aufzuspalten ³⁾, daß bei einer Produktart mit Gewinn, bei einer anderen mit Verlust gearbeitet wird ⁴⁾. Man spricht vom Prinzip des preispolitischen Ausgleichs und meint damit: Die einzelnen Produktarten werden zu einem solchen Preis abgesetzt, wie die jeweilige Marktlage es gerade am vorteilhaftesten erscheinen läßt, wenn nur der Gesamterlös aus dem Verkauf aller Produkte wenigstens gleichbleibt oder steigt ⁵⁾.

Beispiel eines zweckvollen Unterkostenverkaufs im Absatzverbund: Der Preis eines Produkts wird niedrig gehalten, gleichzeitig aber ein Instandsetzungs- oder Wartungsvertrag abgeschlossen, auf Grund dessen die beim Verkauf erlittenen Einbußen wieder hereingeholt werden. - Beispiel, bei dem ein Unterkostenverkauf durch ein Mehrproduktunternehmen nicht nur vernünftig, sondern notwendig erscheint ⁶⁾: A stellt Foto- und Projektionsapparate her, die absatzmäßig voneinander nicht unabhängig sind. Es sind vor allem die Käufer des Fotoapparates, die infolge ihrer guten Erfahrungen auch den Projektor erwerben.

-
- 1) Zum Zeitpunkt/Deckungsproblem: Berger, ZfB 1968, 221 (236).
 - 2) Gutenberg II, S. 358.
 - 3) Betriebswirtschaftliches Schlagwort: "Diversifikation".
 - 4) Diese Konstellation kann anders als beim Einproduktunternehmen sowohl langfristig als auch kurzfristig bestehen.
 - 5) In der älteren betriebswirtschaftlichen Literatur findet sich auch der Ausdruck "kalkulatorischer" Ausgleich.
 - 6) Deppe, S. 108.

ben, B bietet einen im Urteil der Käufer gleichwertigen Fotoapparat zu einem Preis an, der die auf den Fotoapparat des A entfallenden Selbstkosten weit unterschreitet. Wenn A den Preis für den Fotoapparat des B nicht unterbieten darf, wären sein Fotoapparat und sein Projektor alsbald vom Markt gedrängt.

2. Wirtschaftspolitische Bedenken

- a) Von den wirtschaftspolitischen Bedenken, die gegen eine Orientierung an den Selbstkosten sprechen, ist das erste institutioneller Art: Der Wettbewerb, der in Deutschland durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zum Leitprinzip ökonomischer Koordination erhoben worden ist, fragt nicht nach den einzelwirtschaftlichen Grundlagen der Preisstellungen, sondern läßt über deren Angemessenheit den Markt, d. h. im wesentlichen die Abnehmer entscheiden ¹⁾. Die Lehre vom "gerechten" Preis ist mit diesem Wirtschaftsdenken unvereinbar ²⁾.
- b) Ein anderer Gesichtspunkt ist individueller Art: Es wäre ein schwerwiegender Eingriff in die Freiheit des Unternehmers, wenn er gezwungen würde, jeden einzelnen Preis nach dem Kostendeckungsprinzip zu bemessen. Der Kaufmann muß in den mannigfaltigen Situationen, in denen sich eine Preisgestaltung mit Kostenunterschreitung als betriebswirtschaftlich zweckmäßig erweisen kann, Handlungs- und Entscheidungsfreiheit behalten. Wird Deckung der vollen Kosten verlangt, so werden ihm betriebswirtschaftlich gerechtfertigte Wahlmöglichkeiten abgeschnitten, seine Unternehmerinitiative wird eingengt, und der Satz des Reichsgerichts, der Kaufmann sei Herr seiner Kalkulation ³⁾, wird zu Unrecht angetastet ⁴⁾.
- c) Auf die Gesamtwirtschaft würde sich die Einengung in der Beweglichkeit der

1) Miksch, S. 22 f.; Rasch, WuW 1953, 387 (388); Scheel, S. 100; Zeitler, WuW 1960, 81 (90).

2) Droste, DB 1956, Heft 11, Beilage Nr. 5, S. 21, Sp.

3) RG vom 15. 10. 1935, GRUR 1936, 139 = JW 1936, 651 mit Anm. Hennicke = MuW 1935, 422 ("Putztuchwäscherei-Fall").

4) Fikentscher, Preisunterbietung, S. 32; Scheel, S. 100.

Preisbildung vermutlich negativ auswirken. Die Orientierung an den Selbstkosten könnte einmal den Markteintritt erschweren, weil ein Betrieb in der Einführungszeit, selbst wenn die ausgesprochenen Anlaufkosten nicht berücksichtigt werden, in der Regel mit Verlust arbeitet. Der Unternehmer spekuliert zwar darauf, daß seine Kosten auf lange Sicht gedeckt werden. Er ist indessen nicht sicher, daß er Erfolg haben wird. Eine Androhung von Sanktionen für den Fall, daß die angestellte Spekulation nicht gelingt, ist geeignet, manchen Geschäftsmann vom Markteintritt Abstand nehmen zu lassen ¹⁾. Bereits bestehende Unternehmen, die ihre variablen, nicht aber ihre fixen Kosten decken können, müßten bei Einführung der Selbstkostengrenze stillgelegt werden ²⁾. Die verbleibenden Unternehmen schließlich würden, wenn sie an die Selbstkostengrenze gebunden wären, die Verbraucher zahlreicher günstiger Preisstellungen berauben, obwohl sie, betriebswirtschaftlich gesehen, günstiger liefern könnten. Die Allgemeinheit, der alle Produktion zugute kommen soll, fände im Ergebnis also ein verringertes Angebot vor, das sie in Gestalt höherer Preise zu bezahlen hätte ³⁾.

- d) Die einzelstaatliche Literatur in den USA ist zu diesem Fragenkomplex wenig ergiebig. Aufschlußreich ist jedoch, daß die wenigen Autoren, die eine Stellungnahme beziehen, zu dem Ergebnis kommen, wirtschaftspolitischer Druck auf Unterkostenverkäufe sei unerwünscht, weil dadurch die Beweglichkeit der Preisbildung, das A und O der freiheitlichen Wirtschaftsordnung, zu Unrecht eingeschränkt werde. Darüber hinaus bestehe Anlaß zu der Annahme, daß die sales below cost-Gesetzgebung von den Wirtschaftsverbänden als Instrument zur Durchsetzung preispolitischer Ziele benutzt werde und letztlich zu einem Ansteigen der Preise führe ⁴⁾.

1) Fricke, S. 156.

2) Rasch, WuW 1953, 387 (390).

3) Allgemeine Literatur: Erhard, WuW 1952, 733 r. Sp.; ders., WuW 1953, 768; Franzen WuW 1957, 741 (746 r. Sp.); Germann, S. 248; Miksch, S. 90.

4) "The idea of freezing prices at the level of cost prevents the market from performing its chief social function - guiding the allocation of resources to criteria of productivity and consumer demand... Moreover there is some evidence that the acts have been utilized as a means of raising prices". Lovell 57 Yale L. J. 391 (397, 416).

3. Juristische Erwägungen

- a) In Staaten wie Kalifornien und anderen Einzelstaaten der USA, die eine dem § 1 UWG vergleichbare allgemeine Schranke gegen Preisunterbietungen nicht kennen, mag die Selbstkostengrenze als geeignetes Kriterium zur Abgrenzung der zulässigen von der unzulässigen Preisunterbietung angesehen werden. Im deutschen Recht würde ihre Einführung zu einem Bruch mit dem vorhandenen Gedankengut führen. Für die Preisunterbietung im allgemeinen sind von der deutschen Rechtsordnung hinreichende Einschränkungen entwickelt worden. Weil zwischen der Preisunterbietung im allgemeinen und der Preisunterbietung mit Kostenunterschreitung kein grundsätzlicher, sondern nur ein gradueller Unterschied besteht, erscheint es angebracht, die entwickelten Grundsätze auf beide Arten der Preisunterbietung anzuwenden.

Wird, wie es den Verfechtern einer deutschen Regelung gegen Unterkostenverkäufe vorzuschweben scheint ¹⁾, nur der Unterkostenverkauf, nicht aber die Umsonstabgabe untersagt, so stellt sich darüber hinaus ein neues Problem heraus, da dann Preisgestaltungen über Selbstkosten gestattet, Preisunterbietungen mit Kostenunterschreitung dagegen verboten, Umsonstabgaben jedoch wieder erlaubt wären. Wenn man sich für eine Regelung gegen Unterkostenverkäufe entschließen könnte, müßte man der Einheitlichkeit wegen auch die Umsonstabgabe einbeziehen, wie es im kalifornischen Recht geschieht. In Deutschland erscheint es jedoch sinnvoller, die zur Preisunterbietung im allgemeinen bereits entwickelten Grundsätze sowohl auf Unterkostenverkauf wie auf Umsonstabgabe anzuwenden. Das schließt nicht aus, daß die Anforderungen an die Rechtmäßigkeit einer Preisunterbietung verschärft werden, je niedriger sich die Preisgestaltung bewegt.

- b) Die freie Marktwirtschaft bringt es mit sich, daß immer wieder neue Formen der Preisunterbietung auftauchen. Bei dieser Sachlage haben Generalklauseln gegenüber starren Regelungen den Vorteil der Flexibilität. Das zeigt sich bei den erwähnten "Rekordpreisen" für nicht gebundene Markenartikel, mit denen sich die deutsche Rechtsprechung in jüngster Zeit zu befassen hat ²⁾. Die rechtliche Würdigung dieser Fälle nach der Generalklausel des § 1 UWG, auf die sich die deutsche Rechtsprechung stützen kann, bietet im Vergleich zu

1) Merkel, S. 108; Wieninger, § 4 a Abs. 2 des Entwurfs; Markenverband, MA 1968, 337 (339 r. Sp.).

2) Oben S. 14 Fußn. 1.

einer Beurteilung nach dem California Unfair Practices Act den Vorteil eines größeren Spielraums. Während nämlich die kalifornischen Gerichte in einer solchen Rechtsfrage vornehmlich auf die Unterschreitung der Selbstkostengrenze zu achten haben, können die deutschen Gerichte den individuellen Besonderheiten des Falles Rechnung tragen, ohne auf die Selbstkosten abstellen zu müssen.

Die größere Beweglichkeit der deutschen Rechtssystematik wird ferner deutlich, wenn man sich nochmals den "Benrather Tankstellen-Fall" vergegenwärtigt ¹⁾, der nach heutigem Recht u. a. unter § 22 GWB zu sehen wäre. Während die rechtliche Beurteilung in Kalifornien damit steht und fällt, ob die Selbstkostengrenze eingehalten ist, fragt das deutsche Recht, ob eine mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung anzunehmen ist, wobei die Selbstkosten unberücksichtigt bleiben. Diese Betrachtungsweise ermöglicht, da nicht an Einhaltung einer formalen Schranke ausgerichtet, die Einbeziehung sämtlicher für die Preisunterbietung maßgebender Umstände.

- c) Die Anhänger einer deutschen Regelung gegen Unterkostenverkäufe erwarten von der Realisierung ihrer Vorschläge einen besseren Schutz der mittleren und kleinen Betriebe gegenüber Großunternehmen ²⁾. Die langjährige Praxis mit den amerikanischen Unfair Sales Acts, die, wie in Rechtsprechung und Literatur hervorgehoben wird, diesem Gedanken ebenfalls Rechnung tragen wollen, gibt zu bedenken, ob sich dieses Anliegen mit Hilfe eines Verbots von Unterkostenverkäufen überhaupt verwirklichen läßt. Bei rationellem Einkauf und bei Verkauf auf Selbstkostenbasis, der sich länger und müheloser durchhalten läßt als Preisgestaltung unter Selbstkosten, ist nicht auszuschließen, daß die gleichen Ergebnisse herbeigeführt werden wie bei Verlustpreisstellungen ³⁾. Dieses Argument wird von namhaften amerikanischen Autoren vorgetragen ⁴⁾. Zur Bestätigung verweisen sie auf die Praxis, in der Klein-

1) RG vom 18. 12. 1931, RGZ 134, 342.

2) Detmer, WRP 1966, 117 I. Sp.; Einleitung = S. 1.

3) Greifelt, Der Wettbewerb 1955, 96 (102 I. Sp.); Int. Wettbewerb 1963, 5 (19 I. Sp.).

4) "At any rate no one can say with assurance that these statutes, if enforced, will have any tendency to preserve the small businessman's share of the market". Clark, 11 Vand. L. Rev. 105 (111);
 "Although the statutes state as their purpose the protection of free competition, the record has not shown their sanctions applied to protect small sellers against largescale campaigns of underselling". Lovell, 57 Yale L. J. 391 (416).

läden bis in die jüngste Zeit hinein von Großraum-Supermärkten nahezu verdrängt waren. Bei den Zweckmäßigkeitsüberlegungen zur Schaffung einer deutschen Regelung gegen Unterkostenverkäufe darf dieses Argument nicht unberücksichtigt bleiben.

- d) Auf die faktischen Schwierigkeiten, die mit einer Regelung gegen Unterkostenverkäufe auftauchen, braucht nicht erneut verwiesen zu werden. Sie dürfen dahin zusammengefaßt werden, daß das deutsche Recht - bei Verzicht auf die Selbstkostengrenze als Unterscheidungsmerkmal der zulässigen von der unzulässigen Preisunterbietung - sich eines der "most troublesome problems" des amerikanischen Wettbewerbsrechts erspart.

III. ZUSAMMENFASSUNG UND ANTWORT AUF DIE FORDERUNGEN NACH BESSEREM SCHUTZ GEGEN UNTERKOSTENVERKÄUFE

Die Einführung einer deutschen Regelung gegen Unterkostenverkäufe empfiehlt sich nicht. Sie braucht nicht am Grundgesetz zu scheitern, erweist sich jedoch betriebswirtschaftlich, wirtschaftspolitisch und juristisch als unzweckmäßig. Betriebswirtschaftlich ist die Ansicht unhaltbar, Verkäufe unter Selbstkosten seien Ausdruck von Fehlplanung und Substanzverschleuderung, weil die Orientierung an den Selbstkosten dem Unternehmer gerechtfertigte Wahlmöglichkeiten abschneidet, im Einzelfall den Ruin eines Unternehmens herbeiführen kann. Die wirtschaftspolitischen Bedenken sind institutioneller und individueller Art. Darüber hinaus besteht Anlaß zu der Annahme, daß die Einführung der Selbstkostengrenze eine Preissteigerung mit sich bringt, indem sich das Marktangebot vermindert. Juristisch steht keineswegs fest, daß der gesetzgeberische Zweck, der dem Verbot von Unterkostenverkäufen zugrundegelegt wird, tatsächlich erreicht werden kann. Eine deutsche Regelung gegen Unterkostenverkäufe würde ferner zu einem Bruch mit dem vorhandenen Gedankengut zur Preisunterbietung führen, das dank den bestehenden Generalklauseln erheblich beweglicher ist als der California Unfair Practices Act. Nicht zu unterschätzende Vorteile der gegenwärtigen deutschen Regelung gegenüber den amerikanischen Unfair Sales Acts bestehen schließlich darin, daß sie zahlreiche faktische Schwierigkeiten vermeidet, vor allem die Probleme der Selbstkostenrechnung.

An diesem Ergebnis ist auch festzuhalten, wenn § 28 Abs. 2 GWB gemäß dem Re -

ferentenentwurf zur zweiten Kartellnovelle dahin erweitert wird, daß Wettbewerbsregeln künftig auch dem Schutz eines "leistungsgerechten Wettbewerbs" dienen und zu diesem Zweck in den Bereich des Kartellverbots vordringen dürfen. Die betriebswirtschaftlichen, wirtschaftspolitischen und juristischen Erwägungen zeigten gerade, daß die Selbstkostengrenze eine ungeeignete Preisuntergrenze ist. In diese Richtung scheint auch die Ansicht des Bundesgerichtshofs ¹⁾ zu gehen, wenn er in seiner Entscheidung aus dem Jahre 1966 andeutet, daß eine in Wettbewerbsregeln niedergelegte Verpflichtung zur Ermittlung der Selbstkosten selbst dann keine Berücksichtigung finden könne, wenn die Bestimmung über ihren gegenwärtigen Wortlaut hinaus als Vorschrift sogenannten Leistungswettbewerbs angesehen werde ²⁾.

1) BGH vom 15. 7. 1966, WuW/E 767 (776); oben S. 23.

2) a. A. Mitteilung in WRP 1968, 220 r. Sp.

SCHLUSSBEMERKUNG

Die Ablehnung von Regelungen gegen Unterkostenverkäufe, sei es in Form eines Gesetzes, sei es in Gestalt von Wettbewerbsregeln, bedeutet nicht, daß den in Bedrängnis geratenen mittleren und kleineren Betrieben, von denen eingangs die Rede war ¹⁾, die Überlebenschancen abgeschnitten würden. Diese dürften für sie in der Anpassung an die veränderte Marktstruktur zu sehen sein. Das zeigen jüngste Untersuchungen in den Vereinigten Staaten, wo die trotz sales below cost-Gesetzgebung nahezu verdrängten Kleinläden eine Marktlücke im "Convenience-Store" fanden, der ihnen eine echte Chance eröffnete. Es handelt sich um einen Miniatur-Supermarkt, der bei geringem, aber gut ausgebildetem Personal die Schwächen der Großunternehmen ausnutzt, indem er besser als jene auf die speziellen Wünsche der Kundschaft eingeht. Die Zahl der "Convenience-Stores" hat sich, wie die Untersuchungen zeigen, in den letzten 10 Jahren von wenigen 100 auf 7000 erhöht. Bis 1975 wird mit einer weiteren Zunahme auf 20000 gerechnet ²⁾.

1) Einleitung = S. 1.

2) Mitteilung in MA 1968, 15 1 Sp. Der Ansicht, daß die mittleren und kleineren Betriebe den Großunternehmen nicht generell unterlegen sind, ist auch die Bundesregierung, vgl. ihre Stellungnahme zum Tätigkeitsbericht des BKartA für 1967, BT-Drucksache V/2841 S. 2 r, Sp.

Anlage 1

SALES BELOW COST - STATE LAWS ¹⁾Charts of Sales Below Cost Law Provisions
Laws of General Application

State Statutes of General Application	Constitutionality	Manufac- turers	Service Trades	Whole- salers' Markup	Retailers' Markup
Arizona	Constitutional	Not subject	Not subject	None	12 %
Arkansas		Subject	Subject	None	None
California	Constitutional	Subject	Subject	None	None ²⁾
Colorado	Constitutional	Subject	Subject	None	None
Connecticut	Unconstitutional, in part	Not subject	Not subject	2 %	6 %
Hawaii		Subject	Subject	None	None
Idaho		Not subject	Not subject	2 %	6 %
Kentucky	Constitutional	Subject	Subject	None	None
Louisiana	Constitutional	Not subject	Not subject	2 %	6 %
Maine		Not subject	Not subject	2 %	6 %
Maryland	Unconstitutional	Not subject	Not subject	2 %	5 %
Massachusetts	Constitutional	Not subject	Not subject	2 %	6 %

1) CCH Trade Reg. Rep. Vol. 2, § 6571 (Stand 1. 11. 1968).

2) In dieser Übersicht wurde die nachträglich in den California Unfair Practices Act eingefügte Vorschrift des § 17026 Abs. 2 Halbs. 2 B. & P. C. wohl noch nicht berücksichtigt.

State Statutes of General Application	Constitutionality	Manufac- turers	Service Trades	Whole- salers' Markup	Retailers' Markup
Minnesota	Constitutional	Not subject	Not subject	2 %	8 %
Montana	Constitutional	Subject	Subject	None	None
Nebraska	Constitutional	Not subject	Not subject	2 %	6 %
New Hampshire	Constitutional	Not subject	Not subject	2 %	6 %
New Jersey	Unconstitutional	Not subject	Not subject	None	None
North Dakota		Not subject	Not subject	None	None
Oklahoma	Constitutional	Not subject	Not subject	None	6 %
Oregon		Subject	Subject	None	6 % (food)
Pennsylvania		Not subject	Not subject	2 %	4 %
Rhode Island		Not subject	Not subject	2 %	6 %
South Carolina		Subject	Not subject	None	None
Tennessee	Constitutional	Subject	Not subject	None	6 %
Utah		Subject	Some subject	None	6 %
Virginia		Not subject	Not subject	2 %	6 %
Washington	Constitutional	Subject	Subject	None	None
West Virginia		Not subject	Not subject	2 %	7 %

State Statutes of General Application	Constitutionality	Manufac- turers	Service Trades	Whole- salers' Markup	Retailers' Markup
Wisconsin	Constitutional	Not subject	Not subject	2 %	6 %
Wyoming	Constitutional	Subject	Some subject	None	None

Anlage 2

UNFAIR TRADE PRACTICES ¹⁾

Division 7 of the Business and Professions code,
part 2, ch. 4, added by ch. 526, laws of 1941.

ARTICLE 1. GENERAL PROVISIONS

§ 17000. (Short title) This chapter may be cited as the Unfair Practices Act.

§ 17001. (Purpose of chapter) The Legislature declares that the purpose of this chapter is to safeguard the public against the creation or perpetuation of monopolies and to foster and encourage competition, by prohibiting unfair, dishonest, deceptive, destructive, fraudulent and discriminatory practices by which fair and honest competition is destroyed or prevented.

§ 17002. (Liberal construction) This chapter shall be liberally construed that its beneficial purposes be subserved.

ARTICLE 2. DEFINITIONS

§ 17020. (Applicability) The definitions in this article shall be used in construing this chapter.

§ 17021. ("Person") "Person" includes any person, firm, association, organization, partnership, business trust, company, corporation or municipal or other public corporation.

§ 17022. ("Sell") "Sell" includes selling, offering for sale or advertising for sale.

§ 17023. ("Give") "Give" includes giving, offering to give or advertising the intent to give.

§ 17024. ("Article or product") "Article or product" includes any article, product, commodity, thing of value, service or output of a service trade. Motion picture films when licensed for exhibition to motion picture houses are not articles or products under this chapter.

Nothing in this chapter applies:

(1) To any service, article or product for which rates are established under the

1) West's, Business and Professions Code, Vol. 5,

jurisdiction of the Public Utilities Commission of this State and sold or furnished by any public utility corporation, or installation and repair services rendered in connection with any services, articles or products.

(2) To any services, article or product sold or furnished by a publicly owned public utility and upon which the rates would have been established under the jurisdiction of the Public Utilities Commission of this State if such service, article or product had been sold or furnished by a public utility corporation, or installation and repair services rendered in connection with any services, articles or products.

§ 17025. ("Vendor") "Vendor" includes any person who performs work upon, renovates, alters or improves any personal property belonging to another person.

§ 17026. ("Cost") "Cost" as applied to production includes the cost of raw materials, labor and all overhead expenses of the producer.

"Cost" as applied to distribution means the invoice or replacement cost, whichever is lower, of the article or product to the distributor and vendor, plus the cost of doing business by the distributor and vendor and in the absence of proof of cost of doing business a markup of 6 percent on such invoice or replacement cost shall be prima facie proof of such cost of doing business.

Discounts granted for cash payments shall not be used to reduce cost.

§ 17027. (Cost; articles purchased outside ordinary trade channels; pricing; segregation; advertising) In establishing the cost of a given article or product to the distributor and vendor, the invoice cost of the article or product purchased at a forced, bankrupt, closeout sale, or other sale outside of the ordinary channels of trade may not be used as a basis for justifying a price lower than one based upon the replacement cost as of the date of the sale of the article or product replaced through the ordinary channels of trade, unless the article or product is kept separate from goods purchased in the ordinary channels of trade and unless the article or product is advertised and sold as merchandise purchased at a forced, bankrupt, closeout sale, or by means other than through the ordinary channels of trade.

Such advertising shall state the conditions under which the goods were purchased, and the quantity of the merchandise to be sold or offered for sale.

§ 17028. ("Ordinary channels of trade") "Ordinary channels of trade" means those ordinary, regular and daily transactions in the mercantile trade whereby title to an article or product, in no way damaged or deteriorated, is transferred from one person to another.

"Ordinary channels of trade" does not include sales of bankrupt stocks, closeout goods, sales of goods bought from a business or merchant retiring from

business, fire sales and sales of damaged or deteriorated goods, which damage or deterioration results from any cause whatever. This listing is not all inclusive but as example only.

§ 17029. ("Cost of doing business" or "overhead expense") "Cost of doing business" or "overhead expense" means all costs of doing business incurred in the conduct of the business and shall include without limitation the following items of expense: labor (including salaries of executives and officers), rent, interest on borrowed capital, depreciation, selling cost, maintenance of equipment, delivery costs, credit losses, all types of licenses, taxes, insurance and advertising.

§ 17030. ("Loss leader") "Loss leader" means any article or product sold at less than cost:

- (a) Where the purpose is to induce, promote or encourage the purchase of other merchandise; or
- (b) Where the effect is a tendency or capacity to mislead or deceive purchasers or prospective purchasers; or
- (c) Where the effect is to divert trade from or otherwise injure competitors.

§ 17031. ("locality discrimination") Locality discrimination means a discrimination between different sections, communities or cities or portions thereof, or between different locations in such sections, communities, cities or portions thereof in this State, by selling or furnishing an article or product, at a lower price in one section, community or city, or any portion thereof, or in one location in such section, community, or city or any portion thereof, than in another.

ARTICLE 3. OFFENSES AGAINST THE CHAPTER

§ 17040. (Locality discrimination; meeting competitive prices) It is unlawful for any person engaged in the production, manufacture, distribution or sale of any article or product of general use or consumption, with intent to destroy the competition of any regular established dealer in such article or product, or to prevent the competition of any person who in good faith, intends and attempts to become such dealer, to create locality discriminations. Nothing in this section prohibits the meeting in good faith of a competitive price.

§ 17041. (Locality discrimination; conditions authorizing) Nothing in this chapter prohibits locality discriminations which make allowance for differences, if any, in the grade, quality or quantity when based and justified in the cost of manufacture, sale or delivery, or the actual cost of transportation from the point of production, if a raw product or commodity, or from the point of manufacture if a manufactured product or commodity, or from the point of shipment to the point of destination.

§ 17042. (Customer selection, classification, and price differentials) Nothing in this chapter prohibits any of the following:

(a) A selection of customers.

(b) A functional classification by any person of any customer as broker, jobber, wholesaler or retailer.

(c) A differential in price for any article or product as between any customers in different functional classifications.

§ 17043. (Sales under cost; gifts) It is unlawful for any person engaged in business within this State to sell any article or product at less than the cost thereof to such vendor, or to give away any article or product, for the purpose of injuring competitors or destroying competition.

§ 17044. (Loss leader) It is unlawful for any person engaged in business within this State to sell or use any article or product as a "loss leader" as defined in Section 17030 of this chapter.

§ 17045. (Secret rebates, refunds, etc.) The secret payment or allowance of rebates, refunds, commissions, or unearned discounts, whether in the form of money or otherwise, or secretly extending to certain purchasers special services or privileges not extended to all purchasers purchasing upon like terms and conditions, to the injury of a competitor and where such payment or allowance tends to destroy competition, is unlawful.

§ 17046. (Threats, intimidation or boycotts) It is unlawful for any person to use any threat, intimidation, or boycott, to effectuate any violation of this chapter.

§ 17047. (Solicitation of violations) It is unlawful for any manufacturer, wholesaler, distributor, jobber, contractor, broker, retailer, or other vendor, or any agent of any such person, to solicit any violation of this chapter.

§ 17048. (Joint participation or collusion in violations) It is unlawful for any manufacturer, wholesaler, distributor, jobber, contractor, broker, retailer, or other vendor, or any agent of any such person, jointly to participate or collude with any other such person in the violation of this chapter.

§ 17049. (Locality discrimination and sales below cost; scope) The prohibitions of this chapter against locality discrimination and sales below cost embrace any scheme of special rebates, collateral contracts or any device of any nature whereby such discrimination or sale below cost is in substance or fact effected in violation of the spirit and intent of this chapter.

§ 17050. (Exclusions; segregation of goods) The prohibitions of this chapter against locality discriminations, sales below cost, and loss leaders do not apply to any sale made:

(a) In closing out in good faith the owner's stock or any part thereof for the purpose of discontinuing his trade in any such article or product and in the case of the sale of seasonal goods or to the bona fide sale of perishable goods to prevent loss to the vendor by spoilage or depreciation; provided, notice is given to the public thereof,

(b) When the goods are damaged or deteriorated in quality, and notice is given to the public thereof,

(c) By an officer acting under the orders of any court,

(d) In an endeavor made in good faith to meet the legal prices of a competitor selling the same article or product, in the same locality or trade area and in the ordinary channels of trade,

(e) In an endeavor made in good faith by a manufacturer, selling an article or product of his own manufacture, in a transaction and sale to a wholesaler or retailer for the resale to meet the legal prices of a competitor selling the same or a similar or comparable article or product, in the same locality or trade area and in the ordinary channels of trade,

The notice required to be given under this section shall not be sufficient unless the subject of such sales is kept separate from other stocks and clearly and legibly marked with the reason for such sales, and any advertisement of such goods must indicate the same facts and the number of items to be sold.

§ 17051. (Contracts violating chapter) Any contract, express or implied, made by any person, firm, or corporation in violation of this chapter is an illegal contract and no recovery thereon shall be had.

ARTICLE 4. CIVIL LIABILITY

§ 17070. (Injunction and damages actions; authorization) Any person or trade association may bring an action to enjoin and restrain any violation of this chapter and, in addition thereto, for recovery of damages,

§ 17071. (Intent to injure competitors or destroy competition; Evidence) In all actions brought under this chapter proof of one or more acts of selling or giving away any article or product below cost or at discriminatory prices, together with proof of the injurious effect of such acts, is presumptive evidence of the purpose or intent to injure competitors or destroy competition,

§ 17071. 5 (Limitation of quantity; sale below invoice or replacement cost; presumption) In all actions brought under this chapter proof of limitation of the quantity of any article or product sold or offered for sale to any one customer to a quantity less than the entire supply thereof owned or possessed by the seller or

which he is otherwise authorized to sell at the place of such sale or offering for sale, together with proof that the price at which the article or product is so sold or offered for sale is in fact below its invoice or replacement cost, whichever is lower, raises a presumption of the purpose or intent to injure competitors or destroy competition. This section applies only to sales by persons conducting a retail business the principal part of which involves the resale to consumers of commodities purchased or acquired for that purpose, as distinguished from persons principally engaged in the sale to consumers of commodities of their own production or manufacture.

§ 17072. (Cost; evidence) Where a particular trade or industry, of which a person complained against is a member, has an established cost survey for the locality and vicinity in which the offense is committed, that cost survey is competent evidence to be used in proving the costs of such person.

§ 17073. (Cost of article; formula for determining; presumptive evidence) Proof of average overall cost of doing business for any particular inventory period when added to the cost of production of each article or product, as to a producer, or invoice or replacement cost, whichever is lower, of each article or product, as to a distributor, is presumptive evidence of cost of each such article or product involved in any action brought under this chapter.

§ 17074. (Transportation tariffs as evidence of delivery cost) Proof of transportation tariffs when fixed and approved by the Public Utilities Commission of the State of California is presumptive evidence of delivery cost.

§ 17075. (Prevailing wage scale; admissibility to prove intent) In any action where it is alleged and shown that the person complained against is selling below his cost of doing business, and such person is including labor at less than the prevailing wage scale in the trade in which such person is engaged for the locality or vicinity in which he is doing business, evidence of such prevailing wage scale shall be admissible to prove the intent or purpose of such person to violate this chapter.

§ 17076. (Services free or at substandard wage) In any action brought under this chapter, where persons are employed or performing services for any person or in the conduct of the business wherein such person is charged with a violation of this chapter, and are so employed or performing such services without compensation or at a wage lower than that prevailing at the time and place of the service for the particular services performed, such services shall be charged as an expense of the business in which rendered and at the rate of the wage for the services rendered prevailing at the time of the service at the place where rendered.

§ 17077. (Raw material; presumptive cost) In any action or prosecution for sales

below cost in violation of this chapter, if the defendant acquires his raw materials for a consideration not wholly or definitely computable in money, the cost of the raw materials shall be presumed to be the prevailing market price for similar raw materials in the ordinary channels of trade in the locality or vicinity in which such raw materials were acquired, at the time of the acquisition.

§ 17078. (Temporary restraining order or preliminary injunction; terms of order) If it appears to the court upon any application for a temporary restraining order, or upon the hearing of any order to show cause why a preliminary injunction should not be issued, or upon the hearing of any motion for a preliminary injunction, or if the court shall find, in any such action, that any defendant therein is violating, or has violated, this chapter, then the court shall enjoin the defendant from doing all acts which are prohibited by the section, or sections, of which any provision thereof is being violated, or has been violated, by the defendant.

§ 17079. (Injunction; additional restraint includable) The court may, in its discretion, include in any injunction against a violation of this chapter such other restraint as it may deem expedient in order to deter the defendant from, and insure against, his committing a future violation of this chapter.

§ 17080. (Injunction; scope) Any injunction against a violation of this chapter, whether interim or final, shall cover every article or product and not merely the particular article or product involved in the action.

§ 17081. (Injunction; bond) It is not necessary for the plaintiff, in any action under this chapter, to provide or file any undertaking or bond for the issuance of any interim or final injunction.

§ 17082. (Damages; attorney fees; costs) In any action under this chapter, it is not necessary to allege or prove actual damages or the threat thereof, or actual injury or the threat thereof, to the plaintiff. But, in addition to injunctive relief, any plaintiff in any such action shall be entitled to recover three times the amount of the actual damages, if any, sustained by the plaintiff, as well as three times the actual damages, if any, sustained by any person who has assigned to the plaintiff his claim for damages resulting from a violation of this chapter. In any action under this chapter in which judgment is entered against the defendant the plaintiff shall be awarded a reasonable attorney's fee together with the costs of suit.

The amendments to this section adopted at the 1959 Regular Session of the Legislature do not apply to any action commenced prior to September 18, 1959.

§ 17083. (Depositions; books and records) The testimony of any witness in any action brought under this chapter may be taken by deposition even though the case is not one specified in Section 2021 of the Code of Civil Procedure, but otherwise

the provisions of Part 4, Title 3, Chapter 3 of the Code of Civil Procedure are applicable to the witness, his testimony and deposition.

In addition, the books and records of any party, or of any such witness, may be subpoenaed into court and introduced into evidence, or introduced, by reference, into evidence, and may be required to be produced at the taking of the deposition of any party or of any such witness and there inquired into.

§ 17084. (Order for inspection and copying of documents, etc. ; effect of non-compliance) Any party to any action brought under this chapter may, upon notice, apply to the court in which the action is pending, or to any judge thereof, for an order requiring any other party to give to the applicant, within a specified time, an inspection and copy, or permission to take a copy, of entries of accounts in any book, or of any documents, papers, or memoranda in such party's possession or under his control containing evidence relating to the merits of any such action or any defense therein.

If a compliance with the order is refused, the court shall exclude the entries of accounts in any such book, or any such document, paper, or memorandum from being given in evidence by the other party, or if wanted as evidence by the applicant the court shall presume them to be as the applicant alleges.

§ 17085. (Reference) If, at any time while any action for a violation of this chapter is pending, it appears to the court that an extensive examination of books, papers, records, or documents is or may become material or relevant to the issues in action, the court may, in its discretion, upon the application of any party to the action, or upon its own motion, order a reference to be had in the manner and form provided in Part 2, Title 8, Chapter 6 of the Code of Civil Procedure.

§ 17086. (Information excluded in criminal prosecution) No information obtained under any provision of this article, or under Part 4, Title 6, Chapter 2 of the Code of Civil Procedure, may be used against any such party, or any such witness, as a basis for a misdemeanor or felony prosecution in any court of this State.

§ 17087. (Self-incrimination; immunity from prosecution) In any action or proceeding, civil or criminal, brought by the Attorney General or any district attorney for the violation of this chapter, no person shall be excused from attending, testifying or producing books, papers, or documents in obedience to subpoena or under order of court on the ground that the testimony or evidence required of him may tend to incriminate him or subject him to any penalty. No individual shall be prosecuted or subjected to any penalty for or on account of any transaction, matter, or thing concerning which he may so testify or produce evidence in any action or proceeding brought by the Attorney General or district attorney under this chapter.

ARTICLE 5. LIABILITY OF AGENTS

§ 17095. (Equal responsibility with principal) Any person, who, either as director, officer or agent of any firm or corporation or as agent of any person, violating the provisions of this chapter, assists or aids, directly or indirectly, in such violation is responsible therefor equally with the person, firm or corporation for which he acts.

§ 17096. (Injunction proceeding against agent; intent of principal) In any injunction proceeding against any person as officer, director or agent, it is sufficient to allege and prove the unlawful intent of the person, firm or corporation for which he acts.

ARTICLE 6. PENAL PROVISIONS

§ 17100. (Offense; punishment) Any person, whether as principal, agent, officer or director, for himself, of for another person, or for any firm or corporation, or any corporation, who or which violates this chapter is guilty of a misdemeanor for each single violation and upon conviction thereof, shall be punished by a fine of not less than one hundred dollars (dollars 100) nor more than one thousand dollars (dollars 1,000) or by imprisonment not exceeding six months or by both such fine and imprisonment, in the discretion of the court.

§ 17101. (Prosecution of agent; intent of principal) In the prosecution of any person as officer, director or agent, it is sufficient to allege and prove the unlawful intent of the person, firm or corporation for which he acts.

Anlage 3

SPECIAL INDUSTRY LAWS ¹⁾

Coverage and Constitutionality

State and Product	Constitutionality	Sales Below Cost by		
		Manufacturers	Wholesalers	Retailers
Alabama				
Cigarettes			Prohibited	Prohibited
Arkansas				
Cigarettes			Prohibited	Prohibited
Liquor			Prohibited	Prohibited
Milk			Sales at less than 4 % above cost prohibited	Sales at less than 4 % above cost prohibited
California				
Milk, Cream		Prohibited	Prohibited	Prohibited
Dairy Products				
Colorado				
Cigarettes			Prohibited	Prohibited
Connecticut				
Cigarettes		Prohibited	Prohibited	Prohibited
Drugs	Unconstitutional		Sales at	
Medicines			less than	
Cosmetics			manufacturer's	
Toilet Prepara- tions			wholesale list price per dozen prohibited	
Drug Sundries				
Georgia				
Cigarettes	Unconstitutional		Prohibited	Prohibited

1) CCH Trade Reg. Rep. Vol. 2, § 6575.

State and Product	Constitutionality	Sales Below Cost by		
		Manufacturers	Wholesalers	Retailers
Idaho				
Dairy Products		Prohibited	Prohibited	Prohibited
Indiana				
Cigarettes			Prohibited	Prohibited
Iowa				
Cigarettes			Prohibited	Prohibited
Kansas				
Dairy Products	Unconstitutional	Prohibited	Prohibited	
Dairy Supplies (Expendable)	Unconstitutional	Prohibited (sales to retail dealer)	Prohibited (sales to retail dealer)	
Ice Cream		Prohibited	Prohibited	
Cabinets, Bulk Milk Dispensers		(sales to retail dealer or consumer at less than spe- cified price)	(sales to retail dealer or consumer at less than spe- cified price)	
Kentucky				
Cigarettes			Prohibited	Prohibited
Milk, Cottage Cheese, Frozen Dairy Products		Prohibited	Prohibited	Prohibited
Louisiana				
Drug and Cosmetic Products				Prohibited
Milk, Cottage and Creole Cream Chees, and Certain Frozen	Constitutional	Prohibited	Prohibited	Prohibited

State and Product	Constitutionality	Sales Below Cost by		
		Manufacturers	Wholesalers	Retailers
Desserts				
New Fixtures or Equipment for Above Milk Products		Sales to nonprocess- ing retail- ers for less than markup to cover cost of do- ing business (deemed to be 10 % in absence of proof) prohibited	Sales to nonprocess- ing retail- ers for less than markup to cover cost of do- ing business (deemed to be 10 % in absence of proof) prohibited	
Used Equipment for Above Milk Products		Sales to nonprocess- ing retail- ers to be on basis of cost, less depreciation plus markup to cover cost of doing business (deemed to be 10 % of depreciated book value in absence of proof) and in no case less than 25 % of purchase price	Sales to nonprocess- ing retail- ers to be on basis of cost, less depreciation plus markup to cover cost of doing business (deemed to be 10 % of depreciated book value in absence of proof) and in no case less than 25 % of purchase price	
Maryland Cigarettes			Prohibited	Prohibited

State and Product	Constitutionality	Sales Below Cost by		
		Manufacturers	Wholesalers	Retailers
Massachusetts				
Cigarettes			Prohibited	Prohibited
Motor Fuel			Prohibited	Prohibited
Michigan				
Bakery Products		Prohibited	Prohibited	Prohibited
Petroleum		Prohibited	Prohibited	Prohibited
Minnesota				
Cigarettes	Unconstitutional	Prohibited	Prohibited	Prohibited
Furniture, Trade Fixtures, or Equipment Sold by Persons Engaged in Sale of Selected Dairy Products		Prohibited	Prohibited	
Mississippi				
Cigarettes			Prohibited	Prohibited
Milk Products		Prohibited	Prohibited	Prohibited
Missouri				
Milk and Milk Products		Prohibited (also bulk handler)	Prohibited	Prohibited
Montana				
Cigarettes			Prohibited	Prohibited
New Jersey				
Cigarettes			Prohibited	Prohibited
Motor Fuel				Prohibited
New Mexico				
Cigarettes	Constitutional		Prohibited	Prohibited
Liquor, Wine, and Beer			Prohibited	Prohibited
North Carolina				
Milk		Prohibited	Prohibited	Prohibited

State and Product	Constitutionality	Sales Below Cost by		
		Manufacturers	Wholesalers	Retailers
Ohio				
Cigarettes	Unconstitutional		Prohibited	Prohibited
Oklahoma				
Cigarettes and Tobacco Products			Prohibited	Prohibited
Dairy Products		Prohibited	Prohibited	Prohibited
Pennsylvania				
Cigarettes			Prohibited	Prohibited
Rhode Island				
Cigarettes			Prohibited	Prohibited
South Dakota				
Cigarettes			Prohibited	Prohibited
Tennessee				
Cigarettes			Prohibited	Prohibited
Milk		Prohibited	Prohibited	Prohibited
Texas				
Merchandise of Grocery Stores	Unconstitutional		Prohibited if number of unit: of merchandise is limited to any quantity less than entire supply on hand	Prohibited if number of units of merchandise is limited to any quantity less than entire supply on hand
Utah				
Agricultural Products		Sales at less than cost plus 6 % prohibited	Sales at less than cost plus 6 % prohibited	Sales at less than cost plus 6 % prohibited

State and Product	Constitutionality	Sales Below Cost by		
		Manufacturers	Wholesalers	Retailers
Washington Cigarettes			Prohibited	Prohibited

Anlage 4

MARKETING OF MILK AND OTHER DAIRY PRODUCTS ¹⁾

Division 6 of the Agricultural Code, ch. 16, added by
ch. 324, § 4, p. 1563, laws of 1953.

ARTICLE 2. UNFAIR PRACTICES

§ 4125. (Practices declared unfair and unlawful) In the marketing of market milk, cream and dairy products the methods of doing business or trade practices described in this article, of manufacturers, distributors, producers, wholesale customers, retail stores, consumers, or any representatives thereof, are hereby declared unfair practices and are unlawful.

§ 4126. (Rebates, refunds, and discounts) The payment, allowance, or acceptance of secret rebates, secret refunds, or unearned discounts, whether in the form of money or otherwise is an unfair practice.

§ 4133. (Price discrimination) Discrimination in price between wholesale customers, or between consumers, who purchase milk, cream, or dairy products of like grade and quality under like conditions of service where the effect of such discrimination may be substantially to lessen competition or to injure or destroy or prevent competition with the person who either grants or knowingly receives the benefit of such discrimination is an unfair practice; provided that nothing herein shall prevent differentials which make only due allowance for differences in the cost of the raw product used in such milk, cream, or dairy products, or the cost of manufacture, processing, sale or delivery resulting from the different methods or quantities in which said commodities are manufactured, processed, sold or delivered.

§ 4134. (Sales under invoice or replacement cost) The sale or offer to sell or giving of any article in any transaction involving the sale or disposal of milk, cream or dairy products, for less than the invoice or replacement cost thereof, whichever is lower, to secure or retain the milk, cream, or dairy products business of any wholesale customer or any person who buys as a consumer is an unfair practice.

§ 4135. (Sale at less than cost; cost defined; prima facie proof of cost) The sale by any retail store, or manufacturer or distributor, including any producer-

1) West's Agricultural Code, Vol. 2.

distributor or nonprofit co-operative association acting as a distributor, of milk, cream, or dairy products at less than cost is an unfair practice. Cost as applied to manufacturers and distributors, as used herein, shall mean the cost of raw product, plus all costs of manufacturing, processing, handling, sale and delivery, including overhead costs; and cost as applied to retail stores, as used herein, shall mean invoice or replacement cost, whichever is lower, plus the cost of doing business of such retail store. "Cost of raw product", in the case of market milk and market cream, whether or not such market milk or market cream is used in the processing or manufacture of dairy products, shall be the applicable minimum price therefore, if any, payable by distributors to producers pursuant to stabilization or marketing plans in effect under the provisions of Chapter 17 (commencing with Section 4200) of Division 6; provided, however, that the foregoing definition of "cost of raw product", as applied to sales on an bid basis to public agencies or institutions, shall be applicable only to market milk or market cream utilized for Class 1 purposes, as such purposes are defined in Chapter 17, Division 6 of this code. Evidence of cost, based on audits or surveys, made in accordance with generally accepted cost accounting procedures, shall constitute prima facie evidence of such cost at the time of the commission of such violation. The director shall establish by rule and regulations pursuant to Section 4143 the procedures which shall be considered as "generally accepted cost accounting procedures". Such procedures are those found by the director to accurately determine actual costs.

LEBENS LAUF

Am 10. Oktober 1939 wurde ich als Sohn des jetzigen Verwaltungsoberstudienrates i. R. Dr. Conrad Henke und seiner Ehefrau Maria, geb. Hutmacher, in Münster/Westfalen geboren.

Nach vierjährigem Volksschulunterricht besuchte ich ab Ostern 1950 das altsprachliche Staatliche Gymnasium Paulinum in meiner Heimatstadt, an dem ich am 3. März 1959 die Reifeprüfung bestand.

Mit dem Sommersemester 1959 begann ich das Studium der Rechtswissenschaften. Ich studierte die beiden ersten Semester an der Universität Münster, das dritte Semester an der Freien Universität Berlin, das vierte an der Universität Straßburg. Zum Sommersemester 1961 kehrte ich an die Universität Münster zurück. Am 26. Oktober 1963 legte ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht Hamm ab. Am 15. November 1963 trat ich als Referendar in den Vorbereitungsdienst im Landgerichtsbezirk Münster. Von Juli 1964 bis März 1965 hielt ich mich zu einem Studienaufenthalt in den USA auf. Im Anschluß daran beendigte ich die Referendarzeit und bestand am 29. April 1968 die zweite juristische Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf.

Die mündliche Doktorprüfung fand am 10. Februar 1969 statt.

